الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الجزائر

كلية الحقوق

تسوية المنازعات في القانون الجزائري للإستثمارات

رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة القانون ا اص

لجنة المناقشة

1- الأستاذ الدكتور: .... رئيسا
2- الأستاذ الدكتور: محمد بوسماح مقررا
3- الأستاذ الدكتور: .... عضوا
4- الأستاذ الدكتور: .... عضوا
5- الأستاذ الدكتور: .... عضوا

إعداد :
حسن طال

ت إشراف الأستاذ :
مد بو اح

السنة الجامعية: 2006/2005

مقـــدمــة عـامــــة

إن التقدم الإقتصادي والتكنولوجي كان ولا يزال من صـميم إنشـغالات البلـدان السائرة في طريق النمو. ولتحقيق هذا الهدف، كان علـى هـذه البلـدان اللجـوء إلـى الإستثمارات الأجنبية. وهذه الأخيرة كانت عمومية ونصف عمومية (1). إلا أنها كانت في مراحلها الأولى شحيحة، نظرا لكونها أنجزت في ظروف مالية صـعبة، خاصـة بعـد الحربين العالميتين، الأولى والثانية. ولذا، فقد وقع تدعيمها مـن قبـل رؤوس الأمـوال الخاصة. ولكن الإستثمارات التي تعود إلى مستثمرين خواص قد عرفت هي أيضا ظروفا صعبة، نظرا لتعرضها لأولى التأميمات (2). ولكن ولتحفيز هـؤلاء المسـتثمرين علـى الإستثمار وإزالة تخوفاتهم، ظهرت إلى الوجود قوانين إستثمارية في الكثير مـن البلـدان السائرة في طريق النمو بهدف تشجيع هؤلاء على الإستثمار وحمايتهم.

وعلى غرار هذه البلدان، سعت الجزائر من جهتها إلى وضع قوانين للإسـتثمار، غايتها جلب المستثمرين الأجانب. ولكن تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية على الإسـتثمار في الجزائر كان نتيجة تطور تشريعي عكس بدوره إختيارات سياسية وإقتصـادية قـادت الجزائر طيلة عقدين من الزمن. وبالمناسبة، فقد صدر أول قانون للإستثمار في الجزائـر غداة الإستقلال وكان ذلك في 23 جويلية 1963 (3). وكان هذا القانون موجها خاصة نحو المستثمرين الأجانب. فقد نصت المادة 3 منه على حرية الإستثمار "مـع عـدم الإخـلال بالأحكام ذات العلاقة بالنظام العام وبقواعد الإقامة". ولكن بالرغم من إجراءات التشـجيع الجبائية والمالية التي جاء بها هذا القانون، إلا أنه لم يثمر عن نتائج إيجابية تذكر.

ولإستخلاص الدروس مما آلى إليه هذا القانون، إرتأى المشرع على إثره إصـدار قانون جديد، وكان ذلك سنة 1966 (4) لجذب رؤوس الأمـوال الخاصـة المحليـة أولا وبصفة لاحقة رؤوس الأموال الأجنبية. و من وظائف هذا القانون بإعتباره يشكل في تلك

---

(1) Luchaire. F, « L'aide internationale aux pays sous-développés », Rec.Penant, 1964, pp. 21-295 et 423.
(2) Kopelmanas. L, « La protection des investissements privés à l'étranger », in DPCI, 1987, pp. 3-12.
(3) أنظر قانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية سنة 1963، ج ر عدد 53، 2 أوت 1963، ص. 774.
Voir aussi, Borella. F, « Le droit public économique algérien » in R.A.S.J.E.P 1966, p. 38. Laggoune W, Le contrôle de l'Etat sur les entreprises privées en Algérie, thèse, Institut de droit, Alger, 1997.
(4) راجع الأمر رقم 66-248 المؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1966، ج ر، 17 سبتمبر 1966، ص. 901.
Borella. F, op cit ; Laggoune. W, op cit.

الفترة أداة للتخطيط الإقتصادي، أنه خص تدخل المستثمر الأجنبي في قطاعـات محـددة وأقصاه من الإستثمار في قطاعات أخرى يعتبرها المشرع حيويـة إلا بالإشـتراك مـع الطرف الوطني. وهكذا، فطبقا لقانون رقم 82-13 المؤرخ فـي 28 أوت سـنة 1982 المتعلق بإنشاء الشركات المختلطة الإقتصاد في قطاعي الصناعة والخـدمات (بإسـتثناء قطاع المحروقات الذي عرف إنشاء شركات مختلطة عن طريق إتفاقيات دولية)، فإن هذا القانون كان يسمح للمستثمرين الأجانب بالإستثمار في الجزائر شـريطة أن يأخـذ هـذا الإستثمار شكل شركة ذات إقتصاد مختلط، لأن الهدف من هذا القانون، كان إلى جانـب إشراك الطرف الأجنبي في رأسمال الشركة وفي النشاط العام لهـا، هـو حملـه علـى المساهمة في نقل التكنولوجيا (5). بيد أن النتائج المسجلة بعد صدور هذا القانون لم تكـن ترقى إلى الأهداف التي كانت قد سطرتها الحكومة أنذاك. ومما زاد الأمـر سـوءا هـو الهبوط الحر لمداخيل البترول إبتداء من سنة 1986 (6)، الشيء الذي دفـع بـالبلاد إلـى الإستدانة الخارجية والإستعانة برؤوس الأموال الأجنبية لتجاوز قلة الموارد المالية. إلا أن هذا القانون لم يعمر بدوره طويلا، بما أنه قد عدل واستبدل في نفس السنة بقانون آخر (7). ولإقناع المستثمرين الأجانب، فإن واضعي هذا القانون إقترحوا أحكاما جديدة كانت تهدف إلى حماية أكبر لمصالح الشريك الأجنبي بإعتباره شـريك أقليـة un associé minoritaire. ومقابل هذه الحماية، فإن إنشاء شركة مختلطة الإقتصاد في ظل هذا القانون، كان لا بد أن تخضع في نشاطها إلى قواعد المردودية الإقتصادية والمالية وصولا إلى تحقيـق ترقيـة للصادرات (8). ولكن شيئا لم يحدث منذ ذاك التعديل، ذلك أن النتائج المنتظرة مـن هـذا القانون كانت جد هزيلة (9). بالإضافة إلى أن طيلة تلك الفترة، فقد شهد الإقتصاد قلة في

(5) راجع المادة 6 من قانون 82-13 المؤرخ في 28 أوت سنة 1982 والمتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الإقتصـاد وسيرها المعدل والمتمم بالقانون رقم 86-13.

(6) La moyenne annuelle du prix du baril de brut algérien est tombé de U.S.D 21,07 en 1991 à U.S.D 20 en 1992, puis U.S.D 17,65 en 1993, cités par Belhimer. A, La dette extérieure de l'Algérie, thèse, Paris V, éd Casbah, 1997, p. 10.

(7) راجع قانون رقم 86-13 المؤرخ في 19 أوت سنة 1986، ج ر 27 أوت 1986، ص. 1016.

(8) أنظر المادة 4 فقرة 8 من قانون 19 أوت سنة 1986، نفس المرجع.

(9) Seules huit sociétés d'économie mixte avaient été constituées entre 1986 et 1989 dans les domaines et avec les partenaires suivants : automobile (société mixte avec Fiat), Télécom (société suédoise), hydraulique (Firme Yougoslave), tourisme, partenaires du Canada, d'Italie, de Chine et de la Corée du Sud, audio-visuel (Koweït), cités par Belhimer. A, op cit, p. 340.

الموارد العمومية وفي المداخيل البترولية التي ضاعفت بدورها من الوضعية المتـدهورة للإقتصاد الوطني، مما عجل بالتطهير المالي للمؤسسات الذي أصبح أكثر من ضـرورة. ولم يكن لدى السلطات العمومية من خيار أنذاك إلا اللجوء إلى ميكانزمات جديدة لتمويـل الإقتصاد الوطني وإلى العمل بقواعد الإستقلالية وكان ذلك منذ سنة 1988 (10).

أما على مستوى النقد، فقد شهد القطاع الإقتصادي إستقلالية أكبر بعـد أن ألغـى دستور سنة 1989 إحتكار الدولة وأعاد للملكية الخاصة المكانة الطبيعية التي تعود إليها. وهو نفس التوجه الذي تأكد فيما بعد في دستور سنة 1996 (11). ومن ثمة، فقد صدر سنة 1991 قانون النقد والقرض (12) الذي منح الإستثمار الأجنبي نظاما قانونيا جديدا وأعطى للمستثمر الأجنبي مركزا جديدا. ولكن بالرغم من الإنفتاح الذي عبر عنه هذا القانون فـي إتجاه الإستثمار الأجنبي إلا أنه وبالنتيجة، لم تسجل البلاد ضخا لرؤوس الأموال الأجنبية بالقدر الكافي الذي كان ينتظر من هذا الإنفتاح.

إلا أنه إبتداء من سنة 1993، مرحلة جديدة تمر بها الجزائر من أجل جذب رؤوس الأموال الأجنبية. وهكذا، ففي نفس الفترة، ثلاث نصوص قانونية صدرت من بينها إثنان عدلا واستكملا كلا من القانونين، القانون التجاري (13) وقانون الإجراءات المدنية (14). أما القانون الثالث، فكان القانون المتعلق بترقية الإستثمارات (15) وهو القانون الذي ألغى لاحقا

---

(10) أنظر قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي سنة 1988 المتضمن القانون التـوجيهي للمؤسسـات العموميـة الإقتصادية، ج ر عدد 01، 13 جانفي 1988. **Voir Boussoumah. M, "La notion d'entreprise publique en droit algérien", RASJEP, n° 1, 1989, pp 29-87.**

(11) راجع المادة 52 من دستور 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 61 (ملحق)، 16 أكتوبر 1996، ص. 9.

(12) أنظر قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل سنة 1990 ج ر عدد 16 لـ 18 أفريل سـنة 1990، ص. 520 وهو القانون الذي ألغى فيما بعد بمقتضى أمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003 ج ر عدد 52 لـ 27 أوت 2003، ص. 3 وما بعدها.

(13) راجع المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 والمعدل والمتمم للأمـر رقـم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1976 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 27 لـ 27 أفريل سنة 1993، ص. 3 وما بعدها.

(14) راجع أيضا المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1997 المعدل والمتمم للأمر رقـم 66-154 لـ 08 جوان سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 لـ 27 أفريل سنة 1993، ص 42 وما بعدها.

(15) أنظر المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1993 المتعلق بترقية الإستثمار، ج ر عـدد 64 لـ 10 أكتوبر سنة 1993، ص. 2.

واستبدل بالأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار (16).

وقد كان من بين المزايا اللصيقة بقانون ترقية الإستثمار لسنة 1993 بإعتباره يأتي في مرحلة إعادة هيكلة الإقتصاد هو وضع الجزائر في مسار البلدان السائرة في طريق النمو التي تتمتع بتشريعات متطورة تهدف إلى تحفيز رؤوس الأموال الأجنبية. وإحدى الخصوصيات التي يتميز بها هذا القانون هو أنه فتح الباب أمام أي شكل من أشكال الإستثمار وهي عديدة - كما نعلم - سواء تعلق منها بإستحداث مشاريع جديدة أو بإعادة تجديدها أو إعادة هيكلتها أو توسعة ما هو منجز وقائم فعلا. وبعبارة أخرى، فقد كرس هذا القانون ما يعرف بمبدأ جذب الإستثمار الدولي بدون حدود بإستثناء إلتزام المستثمر الذي يرغب في الإستثمار بالجزائر بأن يودع تصريحا بالإستثمار المزمع إنجازه لدى وكالة الترقية ودعم ومتابعة الإستثمار والتي أصبحت تسمى فيما بعد بالوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار. ميزة أخرى للقانون السالف الذكر، هو تمتيع المستثمر الأجنبي بضمانات قانونية وحوافز ضريبية وشبه ضريبية إلى جانب مزايا أخرى مالية متعددة. كما أنه سوى ولأول مرة بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين الخواص والأجانب وكذلك بين المستثمرين الأجانب أنفسهم مع مراعاة الأحكام التي تنص عليها الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

بقي أن نشير إلى أنه أثناء وضع الإستثمارات حيز التنفيذ، من غير المستبعد أن تنشأ نزاعات بين الدولة المانحة لهذه المزايا والضمانات والمستثمر الأجنبي. وإذا رجعنا إلى الوراء، فإننا نلاحظ بالنسبة لقانون الإستثمار لسنة 1963، فقد نص هذا الأخير في المادة 22 منه على حل النزاعات الناتجة عن تطبيق أو تفسير الإتفاقية الملحقة بقرار الإعتماد بواسطة التحكيم. أما قانون سنة 1966، فلم ينص على أي طريقة للتسوية القضائية. وقد فسر هذا السكوت على أن الحل لا يمكن أن يكون إلا عبر اللجوء إلى المحاكم المحلية. وهذا يعني ضمنيا الرفض الكلي للتحكيم كطريقة لتسوية النزاعات التي

---

(16) راجع الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الإستثمار ج ر عدد 47 لـ 22 أوت سنة 2001، ص. 4.

قد تنشأ بين الدولة والمستثمرين الأجانب، بينما الممارسة كانت تعكس في الواقع غير هذا التوجه الرافض للتحكيم. إلا أن الذي يؤكد فعلا تمسك المشرع في تلك الفترة بالإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية هو - حسب أحد الفقهاء (17) وجود دلائل عدة، من بينها تطبيـق مبدأ المساواة أمام القانون في المجال الجبائي وعدم مصادقة الجزائر أنذاك على إتفاقيـة واشنطن والطبيعة القانونية للإعتماد بإعتباره عملا إداريا يخضع في منحه وسـحبه إلـى السلطة التقديرية للإدارة.

إلا أنه بالرغم من وجود هذه المؤشرات التي سبق وأن أشرنا إليها والتـي تؤكـد اللجوء المبدئي طوال فترة السبعينات وبداية الثمانينات إلى إختصاص المحاكم المحليـة، غير أن الإجراء التحكيمي كان يعمل به أيضا عندما تشارك المؤسسة الأجنبية في رأسمال الشركة المختلطة الإقتصاد. بالإضافة إلى أن الشركات الوطنية غالبا مـا كانـت تقبـل بإخضاع نزاعاتها مع المؤسسات الأجنبية إلى هيئة تحكيم خاصة (18)، في حين كان يعتبر هذا النوع من التحكيم في نفس الفترة غير قانوني لأنه ببساطة كان يتناقض والمادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية.

يجب الإعتراف من جهة أخرى، أنه منذ التصديق على الأمر 71-80 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1971، فإن النزاعات التي تضع وجها لوجه المؤسسات الإشتراكية (19) فيما بينها كانت تخضع وجوبا إلى إختصاص محكمة تحكيمية. ثم جاء الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 جوان سنة 1975 الذي لم يقم فقط بتعديل نظام التحكيم بل وأيضا بتوسيع نطاقه إلى النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة المختلطة الإقتصاد. ثم فـي سـنة 1982 وطبقا للمادة 53 من القانون المؤرخ فـي 28 أوت سـنة 1982 والمتعلـق بالشـركات المختلطة الإقتصاد. تخضع النزاعات الناشئة بين الشركة المختلطة الإقتصاد والمؤسسات الإشتراكية إلى التحكيم مثلما هو منصوص عليه في الأمر المؤرخ في17 جـوان سـنة 1975. أما النزاعات التي قد تثور بين الأعضاء المؤسسين أي بين المؤسسة الإشتراكية

---

(17) Terki. N, les sociétés étrangères en Algérie, OPU Alger, 1976, p. 252 et s.
(18) C'est la solution qui avait été consacrée par le protocole d'accord conclu entre la société nationale des matériaux de construction et la firme américaine Inter Kilin Fritz Corporation en vue de la construction d'une entreprise d'économie mixte, cité par Terki. N, op cit, p. 255.
(19) Boussoumah. M, L'entreprise socialiste en Algérie, OPU et Economica, 1982.

والطرف الأجنبي، فإنها تعد من إختصاص المحاكم الوطنية "تطبيقا للقـانون الجزائـري" (20). وفي نفس السنة أي في سنة 1982، ظهر عنصر جديد ألا وهو المنشور الصـادر عن الوزير الأول في 18 نوفمبر سنة 1982 الذي أجاب فيه بشأن من بإمكانه أن يلجـأ إلى التحكيم على "أن المؤسسات العمومية الوطنية أو المحلية يمكن لهـا أن تلجـأ إلـى التحكيم ما دام لا تعتبر هذه المؤسسات من الأشخاص المعنوية للقانون العام".

إن هذه النزعة الإيجابية نحو الأخذ بالإجراء التحكيمي قد تأكدت أكثر مع لائحـة التحكيم الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 27 مـاي سـنة 1983 (21). وبمقتضـى هـذه اللائحة، فقد أصبح بإمكان المستثمرين الفرنسيين في علاقاتهم مع المؤسسات الجزائريـة أن يستندوا في دعاويهم إلى هذه اللائحة لتجنب إخضاع نزاعاتهم مع الطرف الوطني إلى إختصاص المحاكم الوطنية.

ولكن ومنذ سنة 1986 وعلى إثر التدهور الذي عرفه سعر البترول كما سبق وأن ذكرنا وبروز البوادر الأولى لإقتصاد دولي معولم بعد تفكك الإتحاد السوفياتي، شـرعت السلطات العمومية في الجزائر في التفكير في وضع إصلاحات إقتصـادية تـؤدي إلـى التخلي وبصفة مطلقة عن تدخل الدولة عن ممارسة إحتكار لا حدود له على كل القطاعات وعن ترددها إزاء الإستثمار الأجنبي (22). وهذا التمشي الجديد للسلطات العموميـة بـرز خاصة في قانون النقد والقرض. وهكذا، فطبقا لأحكام المـادتين 183 و185 مـن هـذا القانون، فإن مجلس النقد والقرض الذي أنشئ بمقتضاه هو الذي يحـدد طـرق تمويـل الإستثمارات وهو الوحيد المخول منح "رأي في المطابقة قبل أي إنجاز للإستثمار" بالنسبة للأشخاص الغير مقيمين باعتباره جهازا إداريا يتمتع بالشخصية المعنوية (23) ولكن وبقطع النظر عن مدى إختصاص هذا الجهاز (مراقبة المشروعية أو تقدير ملائمة الإستثمار

(20) Voir Issad. M, « La loi du 27 août 1982 sur les sociétés d'économie mixte », in R.A.S.J.E.P, 1984, n° 2,, pp. 263-278.

(21) Sur ce règlement, voir Mebroukine. A, « Le règlement d'arbitrage algéro-français du 27 mai 1983 », Rev.arb, 1986, pp. 191-232.

(22) Voir Bekhechi.M.A, « L'investissement et le droit en Algérie, lecture d'une mutation vers le libéralisme économique », in Lettre juridique n° 26, 1995, pp. 3-10.

(23) راجع قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض والذي كما سبق وأن أشرنا، قد ألغى بمقتضى أمر رقم 03-11 هذا الأخير كرس نفس الإتجاه بالنسبة للتراخيص التي تعود لمجلس النقد والقرض كفائدة البنوك التي تريد فتح مكاتـب لها في الجزائر في إطار تمويل الإستثمارات الأجنبية.

بالنظر إلى الحوافز المقدمة)، فإن الأعمال التي يتخذها هذا المجلس كانت تعد من الأعمال الإدارية الأحادية الجانب. ومثل هذا التكييف كان له إنعكاس على مستوى مشروعية هـذه الأعمال.

فمثلا، نصت المادة 50 من نفس القانون على أن قرارات الـرفض تكـون قابلـة للطعن عن طريق الإبطال أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا خلال 60 يوما إبتداء مـن تاريخ التبليغ. وهو ما شكل ضمانا يمنحه القانون السالف الذكر لفائدة المستثمر الأجنبي.

ثم حتى تلقى الجزائر دعواتها لدى المستثمرين الأجانب صدى لهـا، فقـد تـوج المشرع حركة الإصلاح القانوني الذي شرع فيها منذ سنة 1988 أي منذ القانون المتعلق بتوجيه المؤسسات (24) بإصداره سنة 1993 مرسوما تشريعيا يتعلق بترقيـة الإسـتثمار. وهو المرسوم الذي - كما قلنا - قد ألغي سنة 2001 بمقتضى الأمـر 01-03 السـالف الذكر والذي أصبح يحمل عنوانا جديدا "تطوير الإستثمار". وهذا الأمر الأخير قد نزع كل شك حول مسألة تسوية النزاعات فيما يتعلق بالإستثمارات ثم تأكد إنفتاح الدولة بقوة على الإستثمار الأجنبي من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية. فقد جاء هذا القانون ليكرس بصفة واضحة وجلية التحكيم التجاري الدولي، خاصة وأن مسألة تسوية المنازعات بـين الدولة والمستثمرين الأجانب الذي هو موضوع رسالتنا، تثير العديد من الأسئلة لا سـيما وأن هؤلاء المستثمرين لا يقبلون وبسهولة اللجوء إلى المحاكم الوطنية لدولة مضيفة مثل الدولة الجزائرية.

وقد إرتأينا قبل أن نتعرض إلى الموضوع في جميع تفاصيله أن نقدم إستعراضـا للتطور التاريخي للإستثمارات في الجزائر ولطرق تسوية النزاعات الناشئة عنها لأن مثل هذا الإستعراض التاريخي القانوني من شأنه أن يساعدنا على رصد معنى وأبعاد المنهجية التي إتبعتها الدولة الجزائرية منذ الإستقلال إلى يومنـا هـذا فـي خصـوص الحـوافز والضمانات القانونية التي كانت الدولة تمنحها للمستثمر الأجنبي. فقد تمكنا من أن نسجل

---

(24) أنظر قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي سنة 1988 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسـات العموميـة الإقتصادية. ج ر عدد 1، لـ 13 جانفي سنة 1988.

تناقضا في موقف الدولة الجزائرية فيما يتعلق بموضوع التحكيم التجاري الدولي. رفض مبدئي له من جهة وممارسة له في الواقع من جهة أخرى. وقد كان لهذا الموقف مبرراته تمثلت خاصة في تشبث الجزائر أنذاك بالإختيار الإشتراكي وبما يسمى بالسيادة القضائية لبلاد هو في طريق النمو مثل الجزائر في مواجهة شركات أجنبية تحرص فقط على تحقيق الربح. ولكن هذا الموقف المتردد من التحكيم التجاري، قد شهد تغيرا بالتدريج تحت ضغط عاملين، الأزمة الإقتصادية والعولمة. مما إنعكس إيجابا على علاقات الدولة الجزائرية بالمستثمرين الأجانب، فتحولت هذه العلاقات من علاقات سوء تفاهم وتخوف إلى علاقات ثقة متبادلة. وقد برزت هذه الثقة أكبر - كما نعلم - وترسخت مع إنضمام الجزائر سنة 1988 إلى إتفاقية نيويورك (25).

من جهة أخرى، سعت الحكومة الجزائرية إلى حماية الإستثمارات الأجنبية من خلال الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها مع حكومات أخرى. أما على مستوى العلاقات المتعددة الأطراف، فالنزعة إلى توحيد الحماية الممنوحة من قبل العديد من البلدان لفائدة المستثمرين الأجانب بغض النظر عن المزايا المعروضة عليهم لم تكن لتترك الجزائر مكتوفة الأيدي. وهكذا، ثلاث إتفاقيات دولية وإتفاقيات عربية وأخرى مغاربية بإعتبارها إتفاقيات إقليمية ستلعب دورا هاما في الحد من الأخطار التي يتصدى لها المستثمرون الأجانب وفي توفير قدر من الحماية القضائية لهم. ويتعلق الأمر بالإتفاقية الدولية لضمان الإستثمارات لسنة 1985 (26) والإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمارات لسنة 1971 (27). وكذلك على المستويين الدولي والعربي في خصوص

---

(25) راجع المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 والمتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958. ج ر عدد 48 المؤرخ في 23 نوفمبر 1988.

(26) راجع مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 المتضمن المصادقة على الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار وعلى ملحقيها والمحررة بسيول في 11 أكتوبر سنة 1985، ج ر عدد 66 سنة 1995، ص. 03-24.

(27) أنظر أمر رقم 72-16 مؤرخ في 07 يونيو سنة 1972 المتضمن المصادقة على الإتفاقية المتعلقة بإنشاء الوكالة العربية لضمان الإستثمار، ج ر عدد 53 سنة 1972، ص. 812.

حماية المستثمرين الأجانب قضائيا، فقد حرصت الدولة الجزائرية على المصادقة على إتفاقية واشنطن الدولية لسنة 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الإستثمارات بين الدول المضيفة للإستثمار ورعايا الدول الأخرى (28) وعلى إتفاقية نيويورك الدولية لسنة 1985 التي سبق وأن أشرنا إليها، والمتعلقة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية (29). أما عربيا، لا بد وأن نشير إلى الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 والمتعلقة بنقل رؤوس الأموال العربية من وإلى البلدان العربية (30) وكذلك إلى الإتفاقية العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 (31). أما مغاربيا، فقد إنضمت الجزائر إلى إتفاقيتين مغاربيتين، الأولى وهي الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي لسنة 1990 (32). أما الثانية فهي الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي لدول الإتحاد المغرب العربي لسنة 1991 (33). وكل هذه الإتفاقيات التي أشرنا إليها قد خصصت بابا خاصا بتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار إن لم نقل قد نظمت طرق تسويتها في أدق تفاصيلها. إلى جانب تنصيصها على الحلول الودية، سواء أكانت مفاوضات أو توفيق أو مفاوضات وتوفيق معا.

وهكذا وكما نرى، فإن مسألة تسوية النزاعات المرتبطة بالإستثمارات شكلت وما زالت تشكل أهمية قصوى بالنسبة لعلاقات الدولة الجزائرية بالمستثمرين الأجانب. وهذه

---

(28) راجع مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 المتضمن المصادقة علىإتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في 18 مارس سنة 1965 بواشنطن، ج ر عدد 66 سنة 1995، ص. 24-36.

(29) راجع المرسوم رقم 88-233، المرجع السابق.

(30) أنظر مرسوم رئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1995 والمتضمن المصادقة على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتونس سنة 1982، ج ر عدد 59، سنة 1995، ص. 04-14.

(31) راجع مرسوم رئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فيفري 2001، ج ر عدد 11 الصادر في 12 فيفري سنة 2001.

(32) أنظر مرسوم رئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990 المتضمن المصادقة على الإتفاقية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23 يوليو سنة 1990، ج ر عدد 69، ص. 203-207.

(33) راجع المرسوم الرئاسي رقم 94-81 لـ 27 جوان سنة 1994 المتضمن المصادقةعلى إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي والموقعة في رأس لعنوف (ليبيا). ج ر عدد 43 والمؤرخة في 3 جويلية سنة 1994، ص. 06-19.

الأهمية قد وجدت مبررا لها في الأسباب التي دفعتنا إلى إختيار هذا الموضوع.

أولا، هذا الإهتمام المتزايد والمتجدد لموضوع تسـوية النزاعـات الناشـئة عـن الإستثمار خاصة ما تعلق منها بالحماية الدولية للإستثمارات ضد أي إجراء قد تقدم عليـه الدول المضيفة للإستثمار بصفة إنفرادية أو بسبب المستثمر، في ظل تنامي حاجـة هـذه الدول إلى رؤوس الأموال الأجنبية. وتعتبر المنازعات البترولية التي شـهدتها السـنوات الماضية خير مثال للنزاعات التي كانت التأميمات التي أقـدمت عليهـا الـدول الحديثـة الإستقلال السبب الرئيسي في نشوبها إلى جانب الأسباب الأخرى كالحروب والإظطرابات السياسية. يكفي أن نذكر في هذا الإطار بالتوترات التـي ميـزت العلاقـات الجزائريـة الفرنسية على إثر تأميمات سنة 1971.

ثانيا، يتعلق الأمر بمنازعة لها خصوصياتها، سواء من حيـث إنعكاسـاتها علـى إقتصاد بلد نامي مثل الجزائر أو من حيث نوعية الأطراف المتنازعة.

ثالثا، حالية L'actualité المشاكل المرتبطة بالإستثمارات التي مـا إنفكـت تعـرف إتساعا بعد الإنهيار التدريجي للحدود الإقتصادية بين الدول تحت تأثير العولمة. مما مـنح الموضوعات المتعلقة بتسوية المنازعات بين الدولة والمستثمرين الأجانب بعد آخر.

رابعا، إن موضوع تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار يبقى دائم الحالية demeure d'actualité بالنسبة للجزائر التي هي بصدد الإنتقال من الإقتصاد الموجـه إلـى إقتصـاد السوق. ولكن الشيء الذي يجب التأكيد عليه هنا، هو أنه لا توجد دراسة معمقة بالنسـبة للجزائر – على علمنا – تناولت فيه نظام المنازعات المتعلقـة بالإسـتثمارات إلا بعـض الكتابات أو الدروس هنا وهناك، والتي تناول فيها كاتبوها التحكيم التجاري الدولي بوجـه عام أو تلك التي لها علاقة بالقانون البترولي لإعتبار وحيد وهو أن هـذه الطريقـة فـي التسوية كانت دائما ولا تزال مصاحبة لتاريخ البترول في الجزائر (34) ومزاوجة لعلاقات الجزائر البترولية بفرنسا تحديدا وبعلاقات الثأر والقوة بين الدول الغنية من جهة والـدول السائرة في طريق النمو من جهة أخرى (35).

(34) Bouzana. B, Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, OPU-Publisud, Alger, 1985.
(35) Bouhacène. M, Droit international de la coopération industrielle, OPU, 1982.

ولدراسة هذا الموضوع، فقد تمكنا من الإطلاع على بعض العقود الإستثمارية التي أبرمتها الشركات الوطنية مع المستثمرين الأجانب ولكن بصعوبة جدا، نظرا للسرية التي تحيط بهذه العقود. وربما كان لبعض المسؤولين على هذه الشركات حجتهم في ذلك، وهو إدراج الطرفين داخل هذه العقود لبند يتعلق بسرية المعلومات. وبالتالي، فإنه يمنع منعـا باتا تسريب أو نشر أي من هذه المعلومات حتى تحت ذريعة إستعمالها لأهداف علمية.

ولكن ومهما يكن من أمر، فلا يجب أن ننسى أن اللجوء إلى التحكيم في العلاقـات التعاقدية للجزائر مع المستثمرين الأجانب يدخل في السياق الحالي للتطور الـذي تشـهده العلاقات الإقتصادية الدولية والتي يميزها التدويل المتزايد للعلاقات التعاقدية والذي أصبح هو القاعدة. ودليلنا على ذلك، هو هذا الحكم الهائل من العقود الدولية التي أبرمتها الجزائر أين يقع الإختيار فيها على لائحة التحكيم التابعة لغرفة التجـارة الدوليـة مثلمـا سـنرى لاحقا (36).

ولكن بالرغم من هذا التوجه القديم الحديث نحو الأخذ بهذا التحكيم، فـلا شـك أن إخضاع بعض من المنازعات المتعلقة بالإستثمار في علاقة الدولة بالمستثمرين الأجانـب إلى المحاكم الوطنية يبقى ممكنا. والبرهان على ذلك هو ما جاء في المادة 17 مـن أنـه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسـبب المسـتثمر أو بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا فـي حالـة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلـق بالمصـالحة والتحكيم، أو في حالة وجود إتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسـمح للطـرفين بالتوصل إلى إتفاق بناء على تحكيم خاص". وإن كان من الفقهاء من يرى أن قراءة متأنية للإصلاحات الإقتصادية والقانونية التي شرعت فيها السلطات العمومية منذ سـنة 1988، سواء على مستوى الإصلاحـات ذاتها أو على مستوى إنعكاسها على المنازعات المتعلقة

---

(36) Issad. M, cite que « sur un échantillon de dix-sept contrats examinés, il y a dix fois une clause CCI et deux fois une clause d'arbitrage ad hoc quatre fois seulement compétence est donnée à des juridictions étatiques (trois fois aux juridictions algériennes et une fois à une juridiction étrangère), in L'arbitrage en Algérie, Rev.arb, 1977, p. 248.

بالإستثمارات تؤكد مما لا شك فيه أن عبارة "محاكم مختصة" التي جاءت بها المـادة 41 من مرسوم 93-12 (37) لا يمكن أن تعني إلا الهيئات التحكيميـة الدوليـة مثـل هيئـة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإسـتثمارات خاصـة مثلما أوضح نفس الفقيه (وهو يشير دائما إلى المرسوم التشريعي القديم المتعلـق بترقيـة الإستثمار) أن هذا المرسوم قد تمت المصادقة عليه ستة أشـهر بعـد دخـول المرسـوم التشريعي الذي أتم وعدل قانون الإجراءات المدنية حيز التنفيذ.

إنها ملاحظة أولية أردنا أن نسوقها في خصوص المادة 41 السـالفة الـذكر وإن كانت هذه المادة لا تبتعد في الواقع من حيث الصياغة عن المادة 17 من الأمر 01 / 02 الحالية إذ هي أيضا تتكلم "عن الجهات القضائية المختصة" دون تحديد نوع هذه الهيئـات. إلا أنه لا أحد ينكر - مثلما سنرى فيما بعد - أن اللجوء إلى المحاكم الوطنية لم يكن غائبا على الإطلاق حتى وإن كانت التفسيرات المعطاة غالبا ما تصـب فـي إتجـاه القضـاء التحكيمي.

من جهة أخرى، يجب أن نعلم أن الدولة الجزائرية قد أبرمت مع حكومات أجنبيـة أخرى العديد من الإتفاقيات الثنائية هدفها ترقية وتشجيع وحماية الإستثمارات فـي كـلا البلدين وبإتجاه رعايا البلدين من المستثمرين الخواص (38). كما أبرمت وبصـفة مباشـرة عقودا إستثمارية مع شركات أجنبية مستثمرة (39). وقد برهنت الجزائر بعد تردد أنها تريد أن تستعمل الميكانزمات الدولية في حل نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب. وهذا التوجه قد فرض نفسه في الحقيقة على الدولة الجزائرية بفعل عاملين - كما قلنا - عامـل الأزمـة الإقتصادية و عامل العولمة. و هو ما دفع بالجزائر أيضا إلى الإنضمام إلى العديد من

---

(37) لقد جاء في نص المادة 41 حرفيا ما يلي: "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إمـا بفعل المستثمر وإما نتيجة إجراء إتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة ..."

(38) نذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر، الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبرغية الموقعة سنة 1991 والجزائرية الفرنسية سنة 1994 والتي سنتعرض إليها بالتفصيل في الصفحات اللاحقة من رسالتنا.

(39) نشير هنا مثلا إلى العقد التأسيسي للشركة المختلطة والتي جمعت شركتي سـوناطراك ونافتـال مـع الشـركة الأنقليزية "Browen Rouk Condor " وعقد البحث والإستغلال البترولي التي أبرمته شركة سـوناطراك مـع الشـركة الإيطالية "AGIP". سنتعرض إلى هذين النموذجين لدى تناولنا للعقود الإستثمارية التي أبرمتهـا شـركة سـوناطراك وغيرها من الشركات الوطنية الأخرى مع شركاء أجانب.

الإتفاقيات المتعددة الأطراف الدولية منها والجهوية (40). بالنسبة للإتفاقيات الثنائيـة، لـم تركز هذه الأخيرة على طريقة واحدة لحل النزاعات الناشئة عن الإستثمار بـين الدولـة والمستثمرين الأجانب. إلا أنه مع تكريسها لحلول متعددة تتراوح بـين الحلـول الوديـة والقضائية، فإن هذه الخيارات تثير بالرغم من ذلك كله، مشاكل تتعلق بـالغموض الـذي يحيط بالحل الودي وبالمفاضلة بين طريقة قضائية وأخرى في إطار ما يسمى بالتسـوية القضائية. وبعبارة أخرى، بين القضاء الرسمي للدولة والتحكيم التجاري الدولي بإعتبـاره قضاء خاصا. ولكن أي من الخيارين ستأخذه الدولة من أجل جذب المسـتثمر، الطـرق الدولية أم اللجوء وبصفة آلية إلى إختصاص المحاكم الوطنية؟ أم أن إختيار إحداها عوضا عن الأخرى يخضع إلى إرادة الطرفين أولا وأخيرا تجسيدا لمبـدأ سـلطان الإرادة فـي إختيار هذه الطريقة أو تلك؟ أم أن الكلمة الأخيرة تعود في هذا الإختيار إلـى المسـتثمر الأجنبي؟ خاصة ونحن نعلم أن الدول المصدرة لرؤوس الأموال تبحث قبل كل شيء على حماية رعاياها من الأخطار التي يمكن أن تمس الإستثمارات التي يقـدم هـؤلاء علـى إنجازها في إقليم الدولة المضيفة. ولن تكون هذه الحماية إلا عن طريـق إلتـزام الدولـة المضيفة بإخضاع النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بينها وبين رعايا دولة متعاقدة أخرى إلى التحكيم. وهو الإختيار الذي وقع عليه في أغلب العقود الإسـتثمارية التـي أبرمتهـا الشركات الوطنية مع شركائها الأجانب.

ثم لأن الدولة المضيفة ليست إلا متخيل fiction، فإن مشكلا يطرح علـى مسـتوى تحديد هذا الشخص الذي سيختار بين القضاء الرسمي للدولة أو التحكيم بنوعيه المؤسساتي والحر، خاصة عندما يكون الطرف في النزاع ليس هو الدولة ذاتها وإنما جهاز آخر تابع لها ويعمل لحسابها. وهو ما يطرح إشكالية مدى تبعية هذا الجهاز للدولة والمعايير المتبعة والتي بتوافرها يمكن إعتبار الجهاز المتعاقد هو جهاز تابع للدولة ومنبثق عنها. إلى جانب مصطلح "مستثمر أجنبي" الذي هو الآخر لا يخلو من مشاكل، سواء على مستوى تعريفه

(40) دوليا، نذكر خصوصا بإتفاقية واشنطن لسنة 1965. أما عربيا ومغاربيا، فنشير إلى الإتفاقية العربية لنقل رؤوس الأموال من وإلى البلدان العربية لسنة 1980 وكذلك بالإتفاقية المغاربية للتشجيع وضمان الإستثمارين دول إتحاد المغرب العربي والموقعة سنة 1990. وهاتان الإتفاقيتان سنأتي على ذكرهما بالتحليل إلى جانب إتفاقات أخرى عندما نتعرض إلى طرق تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار في إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر.

أو على مستوى العلاقة بينه وبين الدولة المضيفة أو بينه وبين دولته الأصـلية أو دولـة أجنبية أخرى.

ثم إلى جانب التحكيم كأحد الخيارات المفتوحة في إطار الإتفاقيات الثنائية أو كأحد الخيارات التي إعتمده الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي. فإن طريقا آخر قد فرض نفسه بقوة في بعض العقود الإستثمارية التي أبرمتها الدولة مع المستثمرين الأجانب وهو اللجوء إلى المحاكم الداخلية لدولة مضيفة مثل الجزائر، لإرتباط هذا الإختصاص بنوع معين من النزاعات. وهو ما يطرح سؤالا حول نوع هذه النزاعات ونطاقهـا والطـرف الـوطني بإعتباره طرفا في هذا النوع من النزاعات.

وخارج الطرق القضائية، لم تسقط الإتفاقيات الثنائية من إهتماماتها الحلول الوديـة كالمفاوضات أو التوفيق. إلا أنها بالمقابل لم تحدد أي طريق ودي من الممكن أن يأخذ به الطرفان حتى يفسح المجال لهما، فيختاران من الطرق الودية ما قد يريانه مناسـبا وإن كان الأكثر إستعمالا في العلاقة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبـي هـو التوفيـق. ولكن، حتى هذه الطريقة فهي تثير إشكاليات عديدة تتعلق بطبيعة الإلتزام بالتوفيق الـذي يقع على عاتق من يلتزم بالتوفيق وإجراءات التوفيق وخاصة المدة التي سـيعمد خلالهـا الموفق على إيجاد حل ودي يرتضيه الطرفان، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبـي مـن جهة أخرى.

وعلى صعيد آخر، ومن أجل طمأنة الرأسمال الأجنبي إنضـمت الجزائـر بعـد عزوف دام طويلا إلى العديد من الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سـواء أكانـت دوليـة أم جهوية. وقد نصت هذه الإتفاقيات في إطار النزاعات التي يمكن أن تنشب بـين الدولـة المضيفة للإستثمار ومستثمر تابع لدولة متعاقدة أخرى على طريقتين من الطرق الوديـة المعروفة وهي المفاوضات والتوفيق باعتبارهما مرحلة قبلية قبل اللجوء إلـى التحكـيم. وحتى على مستوى هذه الإتفاقيات فإن المشاكل التي تتعلق بالمفاوضات مثلا تثير إشكالية نطاق هذه المفاوضات من حيث الإلتزام بالمفاوضات وكذلك النزاعات التي تشملها هـذه المفاوضات. ثم يأتي التوفيق ليجسد هو الآخر المسار الثاني في هذه الإتفاقيـات والـذي يطرح إشكالية الإتفاق على التوفيق بإعتباره مرحلة إختيارية في الغالب وتتطلب رضـاء

متبادلا للطرفين. إلا أنه لا يمكن الحديث عن التوفيق بـدون التعـرض إلـى السـلطات الممنوحة للموفق قصد إيجاد حل مقبول من قبل الطرفين. وما تطرحه من إشكاليات تتعلق بإختصاص الموفق وبالنتائج القانونية التي تترتب عن هذا الإختصاص. إلا أن ما يميـز التوفيق هو محاولة الموفق تقريب وجهات النظر بين الطرفين ومحاولة دفعهما إلى حـل وسط. وهذا العمل بطبيعة الحال، يطرح مشاكل ترتبط بالمدة وبطبيعة مهمة الموفق التي تعتمد على عرض إقتراحات للحل تقوم على العدل والإنصاف وليس على القـانون. ولا شك أن مسعاه هذا سيكون مشفوعا بتقرير وما يرافق هذا التقرير من إشـكاليات تتعلـق بمحتوى التقرير وبالصفة الإلزامية له إزاء الطرفين المتنازعين.

ثم تأتي مرحلة بعدية هي مرحلة التحكيم وما تثير هذه الطريقة من إشكاليات تتعلق بالرضاء بالتحكيم وبالشكل الذي يأخذه هذا الرضاء.

وكما لا يخفى على أحد ونحن بصدد التعرض إلى موضوع يتعلق بـالتحكيم فـي مجال خاص ألا وهو مجال الإستثمار (41)، فإن مصطلح إستثمار ليس من السهل تحديـده وكذلك الأشكال التي يأخذها مثل هذا الإستثمار، فعلاقته بالنزاع الـذي يجـب أن يكـون قانونيا. وبما أن الرضاء بالتحكيم يجد مصدره في إتفاقية واشنطن، فإن المشـاكل تتعلـق خاصة بشروط تطبيق هذه الإتفاقية. ومن بين هذه الشروط إلى جانب الرضاء بـالتحكيم صفة أحد الطرفين الذي يقبل بإختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشـئة عـن الإستثمار. لأن إتفاقية واشنطن لسنة 1965 تشترط أن يكون المستثمر رعية تابعة لدولـة أخرى متعاقدة. وقد أثار هذا الشرط ومازال يثير مشكلة تحديد جنسية المستثمر من حيث كونه شخصا إعتباريا، خاصة وأنها تطرح وبالتبعية مشكلة في غاية من الأهمية ألا وهي مشكلة الرقابة الممارسة على الشركة الأجنبية.

وسنحاول التعرض إلى كل هذه الجوانب في إطار جهوي أيضا، وتحديـدا علـى مستوى العالم العربي والمنطقة المغاربية من خلال الإتفاقيات العربية و المغاربية المنظمة

---

(41) راجع على سبيل المثال، أحمد الورفلي، "خصوصيات التحكيم في ميدان الإستثمار"، المجلة التونسية لتحكيم، عـدد خاص، أعمال ملتقى التحكيم والإستثمار، تونس 28-29 أفريل 2000، العدد 1 السنة 2001 ص. 57-94.

للتحكيم مثلما سنرى لاحقا.

من جهة أخرى، يجب أن نعلم، أن تنظيم التحكيم من حيث تشكيل المحكمة التحكيمية والإجراءات المتبعة أمامها تطرح أكثر من سؤال حول من يتولى تشكيل المحكمة وكيف؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ومن يحدد هذه الإجراءات وكيف؟ وماذا عن الحالات التي يغيب فيها مثل هذا الإختيار، إلى جانب النقطة المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والمشاكل اللصيقة بهذا الجانب والتي تدور بالأساس حول من يحدد هذا القانون؟ وبعبارة أخرى، هل الطرفان الدولة والمستثمر الأجنبي هما اللذان يختاران هذا القانون أم المحكم؟ ثم بالرجوع إلى أي قانون، القانون الوطني لأحد الطرفين أم إلى قانون آخر محايد أو العودة إلى قواعد أخرى تستمد قوتها من الأعراف التجارية؟

يجب أن نعلم أيضا أن الإتفاقيات المتعددة الأطراف، الدولية منها والعربية، لا تمنح فقط طرفي النزاع إمكانية اللجوء إلى التحكيم بل وتمنحهما أيضا فرصة اللجوء، سواء إلى القضاء المحلي – مثلما سنرى لاحقا – في ضوء إتفاقية واشنطن الدولية أو إلى القضاء الجهوي طبقا للإتفاقيتين، العربية لسنة 1980 والمغاربية لسنة 1990 والتي تمخضت عنهما كل من الهيئتين القضائيتين، المحكمة العربية للإستثمار والهيئة القضائية المغاربية. وهو ما يطرح إشكالية إختصاص كل منهما مقارنة بإختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار طبقا لإتفاقية واشنطن. إلا أن المحكمة التحكيمية التي يعهد إليها الفصل في النزاع يجب أن تصدر قرارا تحكيميا في الموضوع ولكن بما أن الأمر يتعلق بقرار أجنبي صادر خارج إقليم الدولة التي يراد التنفيذ فيها فإنه يطرح موضوع الشروط المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، الشكلية منها والموضوعية. في جانبها الشكلي، يثير موضوع الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية إشكالية الإجراءات المتبعة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ والترابط بين هذه الإجراءات وتلك الموجودة في الدولة الأصل. وإن كان للإعتراف بأي قرار تحكيمي لا بد أن يكون هذا القرار قد حاز على حجية الشيء المقضي فيه في الدولة الأصل أولا، حتى يصبح قابلا للتنفيذ في دولة التنفيذ. وهو ما إستدعى النظر في إلزامية القرار التحكيمي في

الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي سنتعرض إليها، الدولية منها والعربية وموقف الإجتهاد القضائي منها.

أما عن الشروط الموضوعية للإعتراف والتنفيذ، فهي تثير إشكاليتين، الحالة التي يرفض فيها الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بناء على طلب أحد الطرفين. أما الحالة الأخرى وهي عندما ترفض المحكمة المختصة من تلقاء نفسها لعلة كون النزاع هو غير قابل للتحكيم أو أن القرار الصادر عن المحكمة التحكيمية يتعارض مع النظام العام. علما أن مصطلح نظام عام كان ولا يزال موضوع نقاش على مستوى الفقه والإجتهاد القضائي، لا من حيث المصطلح في حد ذاته وإنما أيضا من حيث وظيفته على مستوى هذه الإتفاقيات.

ونحن نعالج كل هذه الإشكاليات التي تثيرها الإتفاقيات المتعددة الأطراف، كان لا بد من أن نلقي الضوء على جانب آخر وبالتوازي معها، وهو مدى تأثر قانون التحكيم الدولي في الجزائر بالحلول التي جاءت بها هذه الإتفاقيات، سواء على مستوى تنظيم التحكيم أو الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية.

ثم ولدراسة كل هذه النقاط المتعلقة بطرق تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، سواء على مستوى الإتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف، فقد إعتمدنا في ذلك على المنهج التحليلي. وحاولنا أن نقارن بين الإتفاقيات الثنائية السابقة واللاحقة. كما حاولنا أن نجري مقارنة بين ما هو منظم في إطار الحل التحكيمي على مستوى الإتفاقيات المتعددة الأطراف وما جاء به المرسوم التشريعي 93-09 من أحكام تنظم التحكيم في جميع مراحله.

من جهة أخرى، حرصنا قدر الإمكان على إدماج بعض القرارات التحكيمية الدولية التي رجعنا إليها ونحن بصدد تحليل الإتفاقيات المتعددة الأطراف في غياب أية قرارات تحكيمية أخرى تخص الدولة الجزائرية تحديدا والتي لم نستطع الحصول عليها لسبب بسيط هو عدم نشر واو جزء من هذه القرارات في المجلات المتخصصة. نذكر من بينها على سبيل المثال، مجلة القانون الدولي الفرنسي JDI.

وبناء على ما تقدم ذكره، فإن بحثنا سيرتكز على محورين أساسيين موزعين إلى جزئين:

الجزء الأول: طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية في الإتفاقيات الثنائية للجزائر.

الجزء الثاني: طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية في الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر.

الجـــــزء الأول

طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية في الإتفاقيات الثنائية للجزائر

إن الدولة الجزائرية، مثلها مثل بقية الدول الحديثة الإستقلال التـي تحتـاج إلـى رؤوس أموال أجنبية لدفع التنمية الإقتصادية إلى الأمام، سعت بعـد إسـترجاع سـيادتها الوطنية إلى وضع - كما سبق وأن أشرنا - قوانين خاصة تهدف إلى طمأنة المسـتثمرين الأجانب في خصوص النزاعات التي يمكن أن تثور بينها وبينهم.

كما أنه وعلى غرار العديد من الدول النامية، أمضت الجزائر العديد من الإتفاقيات الثنائية التي تهدف وبطريقة متبادلة إلى تقديم كـل التشـجيعات والضـمانات القضـائية لفائدتهم. وتبعا لذلك، كان لابد أن تأخذ طرق حسم النزاعـات المتعلقـة بالإسـتثمارات الأجنبية جانبا مهما في هـذه الإتفاقيـات التـي أبرمتهـا الجزائـر مـع دول أخـرى (العنوان الأول). خصوصا وأن هذا النوع من المعاهدات هو السائد اليـوم فـي مجـال الإستثمارات بعد أن رفضته الجزائر لحقب طويلة.

وإمتدادا لهذه الإتفاقيات وتجسيدا لها، قامت الدولة أيضا ومباشرة بإبرام عدد غيـر محدد من العقود الإستثمارية مع مستثمرين أجانب. فجاءت هذه العقود لتنظيم طرق تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات المنجزة في بلد مضيف مثل الجزائـر أعمـالا لمبـدأ الرضائية بين طرفين في عقود تسمى عقود الدولة Contrats d'Etat (العنوان الثاني).

العنـــوان الأول
الإتفاقيات الثنائية بين الدولة الجزائرية ودول أخرى

تعتبر وسيلة التحكيم من بين الوسائل الأكثر إستعمالا لتسوية النزاعات الناشئة بين الدولة الجزائرية ورعايا الدول الأخرى في إطار الإتفاقيات الثنائية التي تبرمها الدولة مع الدول الأخرى.

ولكن بالمقابل يوجد نوعان من هذه الإتفاقيات. هناك الإتفاقيـات التـي لا تعتنـي بالتحكيم كوسيلة من وسائل تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار إلا كعنصر مكمل فـي إطار تنظيمها للإستثمارات المتبادلة بين البلدين لأن موضوعها ينصب بالأسـاس علـى الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات (الباب الأول). بينما إتفاقيـات أخـرى فينصـب موضوعها على التحكيم التجاري الدولي بإعتباره الوسيلة الوحيدة لتسوية النزاع الذي قـد ينشأ بين الدولة الجزائرية من جهة ورعية الدولة الأخرى من جهة أخرى، (الباب الثاني).

البـــاب الأول: الإتفاقيات التي لا ينصب موضوعها على التحكيم التجاري الدولي إلاّ بصفة متممة: حالة الإتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات

تشكل إتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار حجز الزاوية بالنسبة للتعـاون الثنائي بين الدولة الجزائرية والدول الأخرى. فقد أبرمت الحكومـة العديـد مـن هـذه الإتفاقيات مع حكومات أخرى. والغاية من هذه الإتفاقيات التي هي إتفاقيات ثنائيـة هـي ترقية الإستثمارات بين البلدين وحمايتها بصفة متبادلة. إلا أن تنفيذ الإستثمار مـن قبـل إحدى رعايا الدولتين على إقليم الدولة الأخرى قد يصطدم بعراقيل أو أن يصـبح محـل إجراء قد تتّخذه الدولة ومن شأنه أن يؤدي إلى نزاعات بين الدولة صاحبة الإجراء ورعية الدولة الأخرى أو كأن ينشأ النزاع عن عمل أو تصرف يقوم به المستثمر الأجنبي فيعكر العلاقات بينه وبين الدولة المضيفة للإستثمار.

ودرءا لكل هذه النزاعات جاءت هذه الإتفاقيات الثنائية التي تعتبـر فـي الحقيقـة بمثابة إتفاقيات إطار لتمنح الطرفين كل الوسائل القضائية (سـواء القضـاء المحلـي أو الدولي) لحلها (الفصل الثاني).

ولكن قبل اللجوء إلى هذه الوسائل القضائية التي قد تشكل بالنسبة لطـرفين بدايـة النهاية للعلاقات الإستثمارية بينهما يسعى الطرفان في مرحلة أولى ومسبقة إلى حل النزاع بالتراضي (الفصل الأول).

الفصل الأول: التسوية بالتراضي

تعتبر التسوية عن طريق الحل الودي برهانا عن نية الطرفين مـن أجـل فـض نزاعهما بعيدا عن الطرق القضائية الطويلة الإجراءات أحيانا والمكلفة والمعقـدة أحيانـا أخرى.

إن عبارة "التسوية بالتراضي" قد تشمل المفاوضات وكذلك التوفيق. ولكن الغالـب في العلاقات الإستثمارية هو توخي الطرفين المتنازعين أسلوب التوفيق في فض نزاعهما قبل اللجوء إلى الوسيلة القضائية. ولكن قبل الخوض في إجراءات التوفيق فـي مختلـف مراحله (المبحث الثاني) كان لا بد من أن نلقي نظرة حول نطاقه (المبحث الأول).

المبحث الأول: نطاق التوفيق

تهدف التسوية بالتراضي عن طريق إستعمال وسيلة التوفيق إلى حـل النزاعـات المتعلقة بالإستثمارات (المطلب الأول) والتي تثور بين الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النزاع

إنطلاقا من قرائتنا للإتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع وحماية الإستثمار بين الدولة الجزائرية ودول أخرى فإننا نجد أن الموفق أو المحكم هو مختص بالنظر في "كل نـزاع" ينشأ بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي. إن عبارة "كل نزاع" الواردة في أكثر من

إتفاق ثنائي (1)، تحدد نطاق التوفيق أو التحكيم. أما عن إختيار الطـرفين لهـذه العبـارة العامة والمطاطة ليست الغاية منها إلا إعطاء معنى أوسع لعبارة "كل نزاع".

ومن جهة أخرى فإستعمال الطرفين لهذه العبارة سوف لن يخلو من إنعكاس علـى الإختصاص المخوّل للموفق أو المحكم سواء تعلق هذا النزاع بتفسير أو تطبيـق إتفاقيـة الإستثمار أو بعدم تنفيذ أو سوء تنفيذ عقد إستثمار يكون قد أبرم بين الدولـة الجزائريـة ورعية تابعة لدولة أخرى طرف في إتفاقية دولية للإستثمار. ومن ثمة، فالميزة التي تتميز بها هذه البنود هي إعطاؤها مساحة أكبر لمجال التوفيق أو التحكـيم ومـنح الموفـق أو المحكم سلطات أوسع، وهو المدعو لإيجاد حل توفيق أو حكمي للمسائل المعروضة عليه. أما عن مصطلح "نزاع" في حد ذاته فلم نجد أي أثر لتعريفه من قبـل الطـرفين فـي أي إتفاقية كانت.

التعريف الوحيد الذي بإمكاننا أن نستخرجه هو ما يمكن أن نستشفه مـن بعـض الإتفاقيات التي تعطي تعريفا من خلال أطرافه وهي طريقة معتمدة عن قصـد - حسـب إعتقادنا - لتفادي مسألة تحديد معنى دقيق لمصطلح "نزاع" وكذا تكييفـه. وبـديلا عـن مصطلح "نزاع" يستعمل الطرفان مصطلحي "خلاف" و"إحتجاج" للتدليل على وجود نـزاع بينهما في خصوص إستثمار معين.

ولكن نعتقد من جهة أخرى، أن الموقف المتخذ من قبل الطرفين هو فـي الحقيقـة يهدف إلى عدم حصر هذه النزاعات وهي عديدة في تصنيفات لا تأخذ بعـين الإعتبـار غنائها وتنوعها في الواقع. ولكن هل يعني بالرغم من ذلك كله أن الطـرفين همـا غيـر قادرين على تنظيم أي شكل من أشكال النزاع المتعلق بالإستثمار بالرغم من تنوعه وثراه؟ نعتقد ببساطة أن إرادة الطرفين قد إتجهت من خلال إتفاقية الإستثمار إلى وضع إطار عام لوسائل حل النزاعات مهما كانت وترك المسائل الجزئية كتحديد نـوع وطبيعـة النـزاع وموضوعه في مرحلة ما بعد " الإتفاق الإطار" أي عند إبرام عقد الإستثمار لتحديد ما

---

(1) أنظر على سبيل المثال المادة 8 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريـدة الرسمية عدد 01 لـ 2 جانفي 1994 ص 6 والمادة 8 من الإتفاقيات الجزائرية الإيطالية للترقية والحمايـة المتبادلـة للإستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 46 لـ 06 أكتوبر 1991، ص. 1472.

يجب تحديده من نزاعات وهي التي ستكون محل توفيق أو تحكيم في حال نشوبها، حتـى وإن كان الهدف من إبرام أي إتفاقية أو عقد هو قبل كل شيء تنفيذه. ولكن حتى لا يثـار حول تنفيذه أي إشكال يذكر، كان بإمكان الطرفين تحديد نوع هذا النزاع وطبيعته، ذلك أن النزاع قد يكون نزاعا إستثماريا في البداية ثم قد يتحول فيما بعد إلى نـزاع ذي طبيعـة سياسية بما أن الإطار الذي أفرغ فيه هو إطار دولي ويتعلق بمعاهدة دولية تجمـع بـين دوليتين ذات سيادة يحكمها القانون الدولي العام.

ولكن من جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن بعضا من البنود الواردة في الإتفاقيات الثنائية للإستثمار تعطي تعريفا ضيقا للنزاع. فتعرف النزاع من خلال أطرافه كأن يكون النزاع بين الدولة الطرف في الإتفاقية ورعية تابعة لدولة أخرى. وإسـتثناء عـن هـذه القاعدة، فنجد أن الإتفاقية الجزائرية الأمريكية المبرمة سنة 1983 مثلا على وجه التحديد لا تتحدث عن النزاع من خلال أطرافه أي بين الدولة الجزائرية من جهـة، والمسـتثمر الأمريكي من جهة أخرى، ولكن تتعرض فقط إلى النزاع من حيث نوعه. فتشير الإتفاقية إلى نوعين من النزاع، نزاع يتعلق بتفسير الإتفاقية ونزاع آخـر يتعلـق بالمسـائل ذات العلاقة بالقانون الدولي العام تكون قد أثير في خصوص مشروع أو نشـاط مـؤمن مـن طرف إتفاقيات الإستثمار الخاصة لما وراء البحار (Over as Private Investment (OPIC Corporation(2)، كما تمنح هذه الإتفاقية، الحق للدوليتين في أن تكيفا ما يمكن أن يطلق عليه بالمسائل التي تنطبق عليها قواعد القانون الدولي العام.

وعليه، فالموفق أو المحكم هنا هو أمام نزاع كلاسيكي يتعلـق بتفسـير المعاهـدة ونزاع آخر ذو علاقة بالقانون الدولي العام بدون تحديد نوع هذا النزاع أو طبيعته.

وإذا أردنا أن نقوم بمقارنة بين هذه الإتفاقية وإتفاقيتين أخـرتين وهمـا الإتفاقيـة الجزائرية البلجيكية والإتفاقية الجزائرية الإيطالية والمبرمتان، الأولى بتاريخ 24 أفريـل سنة 1991 و الثانية بتاريخ 18 ماي سنة 1991 (3)، فإننا نلاحظ أن هاتين الإتفاقيتين

---

(2) Bencheneb A « Droit conventionnel des investissements et arbitrage », in Actes du séminaire sur arbitrage commercial international. Alger 14-15 Déc. 1992, pp. 113-114.

(3) راجع المادة 9 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبرغية، الجريدة الرسمية عدد 46 لـ 06 أكتـوبر 1991. ص، 1468 وأيضا المادة 8 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، المرجع السابق، ص. 1472.

بالقدر الذي عالجنا فيه حالتي النزاع المتعلقتين بتفسير وتطبيق إتفاقيـة الإسـتثمار بـين حكومتين طرفين في الإتفاقية والتي تحكمهما قواعد القانون الـدولي العـام، فإنهمـا قـد تعرضنا إلى النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين الدولة الجزائرية من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى في خصوص إستثمار تحكمه قواعد القانون الدولي الخاص.

الملاحظ هنا، هو أنه في كلا الحالتين، فإن تصنيف النزاع حسب أطرافه أو نوعه أو طبيعته أو موضوعه من شأنه أن يحدّ من سلطات الموفق أو المحكم فيجعلها مقصورة فقط على النزاعات التي تحددها بنود الإتفاقية.

ثم إلى جانب هاتين الإتفاقيتين، هناك إتفاقيات ثنائية أخرى تتعلق بتشجيع وحمايـة الإستثمارات والتي تربط الدولة الجزائرية بالدول الأخرى، هـي الأخـرى لا تقـدم أي تعريف للنزاع في حد ذاته من حيث نوعه أو طبيعته بل تربط هي أيضا النزاع من حيث طرفيه.

ولكن وهي تؤكد على طرفي النزاع فتتكلم هذه الإتفاقيـات وهـي كثيـرة عـن "الأطراف المعنية"، مما يوحي بأنه توجد أطراف أخرى غير معنية أو ما يطلـق عليهـا بالأطراف المهتمة (4) ويرجع الفقيه Fouchard إعتماد الأطراف تعريفا ضيقا للنزاع إلـى عدم قدرة هذه الأطراف في الغالب على تغطية حالات عدم التنفيذ الكامل للإتفاقيات.
والمؤكد كما يضيف نفس الفقيه هو "أن يدفع مثل هذا الأسلوب الأطراف إلى أن يصحبوا مضطرين حتى على مناقشة صحة الإتفاقية نفسها" (5).

ولكن بعد إنضمام الجزائر لإتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965، فـإن معظـم الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الحكومة الجزائرية قد أخضعت النزاعات التي قد تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي إلى إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار. وهكذا، فطبقا للمادة 25 فقرة 01 من الإتفاقية المذكورة ينطبق إختصاص المركز على النزاعات التي تنشأ بين الدولة المتعاقدة (أو الشخص المعنوي للقانون العام التابع لها) ورعية الدولة

---

(4) Rousseau Ch, Droit international public, Sirey, Paris, 5 vol, 1970. Voir aussi Guggenhein. P, Traité de droit international public, Genève, George, 1ère éd, 2 vol. 1953-1954, 2ème éd, vol 1, 1967.
(5) Fouchard. Ph, « La rédaction des conventions d'arbitrage », in. Colloque sur les entreprises tunisiennes et arbitrage commercial international, Tunis, 2-3-4 novembre, 1981, p. 9.

الأخرى المتعاقدة. إلا أن هذه النزاعات يجب أن تكون نزاعات قانونية ولها علاقة مباشرة بالإستثمار. وتبعا لذاك، فإن عمل الموفق أو المحكم يجب أن ينصب على هذا النوع مـن النزاعات التي قد تثور بين دولة مضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي لا غير.

يبقى أن نلاحظ أن مقتضيات المادة 25 الفقرة 01 المتعلقة بإختصاصات المركز لا تعطي أي تعريف للطبيعة القانونية للنزاع، وحسب بعض المعلقين على هذه المادة، فإنـه توجد حجتان تبرران غياب هذا التعريف (6). الأولى، أن إعطاء تعريف دقيـق للطبيعـة القانونية للنزاع سوف يؤدي إلى إقصاء بعض النزاعات التي يمكن للأطراف أن تثيرهـا أمام المركز للفصل فيها طبقا لنظامه التحكيمي. أما الحجة الثانية، فهي تتمثل في السماح للأطراف بالتركيز على أي نزاع خارج الحدود الموضوعة من طرف المركز.

وبالإضافة إلى هذا التعليق، فإن تعليقا آخر صادر عن مدراء البنك الدولي للإنشاء والتعمير BIRD يؤكد على أن عبارة « " نزاع قانوني" قد إستعملت لتظهر جليـا أنـه إذا كانت الخلافات ذات الطابع القانوني تخضع لإختصاص المركز، فإن الخلافات البسـيطة التي تتعلق فقط بإختلاف في المصالح لا يمكن إخضاعها لإختصاص المركـز ذلـك أن النزاع يجب أن يتعلق إما بوجود حق أو إلتزام قانوني وبمداهما وإمـا بطبيعتـه وحجـم التعويضات الممنوحة نتيجة إنحلال هذا الإلتزام (7) » .

إن الطبيعة القانونية للنزاع المنصوص عليها في إتفاقيـة واشـنطن قـد وجـدت بصمات لها في بعض بنود الإتفاقيات الإستثمارية المبرمـة بـين الحكومـة الجزائريـة وحكومات أخرى. وأخص بالذكر هنا المادة 07 من إتفاقية التشجيع والحمايـة المتبادلـة المبرمة بين الحكومة الجزائرية ودولة قطر بتاريخ 24 أكتوبر سنة 1996، التي تـنص صراحة على أن النزاع القابل للتسوية عن طريق التوفيق أو التحكـيم يجـب أن يكـون "نزاعا قانونيا و ناشئا مباشرة عن الإستثمار" (8). ولكن إذا نظرنا إلى الطبيعة المرنة

(6) Delaume. G : « La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », JDI, 1966, p. 46.

(7) Kovar. R : « La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », in Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La convention B.I.R. du 18 mars 1965, éd Pédone, Paris, 1966, p. 28.

(8) راجع المادة 7 من الإتفاقية الجزائرية القطرية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، عـدد 43 المؤرخة في 25 جوان 1997، ص. 7.

للتوفيق، والتي تختلف عن الطبيعة القضائية أو التعاقدية للتحكيم (9)، فإن التوفيق بالنظر إلى الهدف الذي أنشأ من أجله فهو يعرض حلا تصالحيا. وعليه، فهو يعتمد في الأساس على أرضية إتفاق Base Transactionnelle أكثر منه على مرجعية قانونية (10). والسؤال الذي يمكن أن يطرح هو: هل أن الموفق لدى معالجته للمسائل المطروحة عليه، من حقه أن يبحث فيما إذا كان النزاع قانونيا أم أنه سيتجاوز موضوع قانونية النزاع إلى البحث عن حل توفيقي يكون ملائما ومناسبا للطرفين؟ في نظر بعض الفقهاء، إن الخوض في قانونية النزاع إذا ما تطرق إليها الموفق فسيكون ذلك على حساب إيجاد حل توفيقي يرضي الطرفين.

بالإضافة إلى أنه بعمله هذا سوف يتغاضى عن الطبيعة المرنة للتوفيق مقارنة بالتحكيم الذي يخضع مبدئيا في تنفيذه إلى إجراءات أكثر صرامة.

وعلى صعيد آخر، نلاحظ أن أغلب الإتفاقيات الثنائية إلى جانب تأكيدها على الطابع الخلافي Aspect conflictuel للعلاقات التعاقدية بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي، فهي تلح على أن النزاع يجب أن يتعلق بالإستثمار.

وهكذا، فأغلبها مثلا تتكلم عن " كل خلاف يتعلق بالإستثمارات" (11) أما بعضها الآخر، فتعبر عن هذه العلاقة في صيغ مختلفة مثل: "أي نزاع ينشأ مباشرة عن إستثمار" (12) أو "النزاعات المتعلقة بالأوجه العديدة للإستثمارات" (13).

وخلاصة القول، أنه يجب أن يتعلق النزاع بالإستثمار وليس بشيء آخر وأن تكون العلاقة بين النزاع والإستثمار علاقة مباشرة. وإذا قلنا علاقة مباشرة، فهل هذا يعني على وجه المخالفة أن كل نزاع لا يرتبط مباشرة بالإستثمار لا يمكن أن يشمله التوفيق أو

---

(9) Oppetit. B : « Arbitrage, Médiation et Conciliation », in Rev.arb, Paris, 1984, p. 30 et s.

(10) Gara. N : La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), mémoire DEA, droit privé. Faculté de Droit, Tunis 1988, p. 113.

(11) راجع المادة 9 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبرغية وكذلك المادة 8 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية. المرجعان السابقان.

(12) أنظر المادة 7 من الإتفاقية الجزائرية القطرية السالفة الذكر.

(13) راجع المادة 6 من الإتفاقية الجزائرية السورية للتشجيع والحماية للإستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 97 المؤرخة في 27 ديسمبر 1998، ص. 6.

التحكيم؟ وبعبارة أخرى، ما هي المعايير التي يمكن أن يعتمد عليها الموفـق أو المحكـم لتكييف النزاع على أنه نزاع ناشئ مباشرة أو بطريقة غير مباشرة عن الإستثمار؟

بعض البنود التي تؤكد على الصفة المباشرة للعلاقة بين النزاع والإستثمار، هو ما ورد على وجه التخصيص ولا الحصر، في المادة 7 من الإتفاقيـة الجزائريـة القطريـة السالفة الذكر. إن هذا البند الإتفاقي مثلا، قد أخذ في الحقيقة بالمعايير التي كرستها المادة 25 فقرة 01 من إتفاقية واشنطن المذكورة آنفا. وإذا رجعنا إلى التفاسير التي أعطيت في هذا المضمار من طرف بعض الفقهاء في خصوص عبارة " نزاع ناشئ مباشـرة عـن الإستثمار"، فنجد أنها تشير إلى وجوب وجود علاقة سببية بين النـزاع والإسـتثمار، أي مبدئيا يجب أن يكون النزاع ذا صلة وثيقة بالإستثمار.

ولكن في نظر الفقيه Amadio فإن التمييز بين ما هو مباشر وما هو غير مباشر في العلاقة بين النزاع والإستثمار هو لا يكفي قصد وضع أصناف قانونية للنزاعـات. ومـن ثمة، فالمبدأ هو أن النزاع لا بد أن يكون له علاقة وطيدة بالإستثمار وهذا هو الأهم (14).

ولكن في الحقيقة، لا يمكن أن نسلم بهذه القاعدة حتى وإن سلمنا بما ذهبـت إليـه أغلب الإتفاقيات التي تقول بأن النزاع لا بد أن يكون له علاقة مباشـرة بالإسـتثمار لأن فقيها آخر يرى العكس، وهو " أن النزاعات غالبا ما تكون ناتجة عن محـيط الإسـتثمار وليس عن الإستثمار في حد ذاته لأن النزاعات الغير مباشرة هـي الأكثـر عـددا مـن النزاعات المباشرة " (15). ولكن ماذا عن الإستثمار في حد ذاته وكيف هو محدد من قبـل الإتفاقيات الثنائية؟ إن أغلب الإتفاقيات تعطي تعريفا واسعا لمصطلح إسـتثمار. فبعضـها مثلا تتكلم عن "كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه. وكل حصة مباشـرة أو غيـر مباشرة نقدية كانت أم عينية أم خدمات مستثمرة أو أعيد إستثمارها" (16) . أمـا الـبعض الآخر، فتعرف الإستثمار على أنه "كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه وكل إسهام

(14) Amadio. M, Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965, Paris, L.G.D.J, 1967, p. 98.

(15) Van Hecke. G, « Le projet de Convention de l'O.C.D.E sur la protection des biens étrangers », Rev. Gen. D.I Pub, 1964, p. 641 et spéc, p. 655.

(16) راجع على سبيل المثال المادة 1-1 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 20 المؤرخة في 06 أفريل 1997، ص. 05. والمادة 1-1 من الإتفاقية الجزائرية المصرية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 76، 11 أكتوبر 1998، ص. 05.

نقدي أو عيني أو خدمات مستثمرة أو أعيد إستثمارها في قطاع نشاط إقتصادي مهما كان نوعه" (17).

ومن جهة أخرى، تؤكد جل الإتفاقيات الثنائية على أن أي تغيير في الشكل القانوني للإستثمار أو في إعادة الإستثمار لا يمكن أن يمس بتكييفه كإستثمار. وبالنتيجة، يبقى الإستثمار بالرغم من ذلك كله ممتعا بالحماية التي تنص عليها الإتفاقية الثنائية للإستثمار. ولكن بالمقابل، لا شيء يذكر عن النقل الدولي لرؤوس الأموال في ظل هذه الإتفاقيات والذي يعد في نظرنا حجز الزاوية لكل سياسة إستثمار تنتهجها الدولة المضيفة في تعاملها مع الإستثمارات الأجنبية بمختلف أنواعها.

إلا أن الإتفاقيات التي إطلعنا عليها تضع شرطا بالنسبة للشركات التي ترغب في الإستثمار، وهي أن تملك هذه الشركات مقرا إجتماعيا على إقليم الدولة الأخرى المتعاقدة. وأن يكون على نفس الإقليم المركز الرئيسي لمصالحها الإقتصادية (18). وهذا يعني، أنه لا يمكن أن يكون هناك إستثمار، إلا إذا كان هذا الأخير قد أنجز على إقليم إحدى الدولتين المتعاقدتين من طرف شركة يوجد مقرها على إقليم الدولة الأخرى.

من جهة أخرى، تعد إستثمارات في نظر الإتفاقيات الثنائية أيضا المداخيل والأملاك سواء أكانت منقولة أو عقارية، وبقطع النظر عن كونها كانت مكتسبة قبل أو بعد إبرام الإتفاقية. ويمكن أن تستفيد هذه الأملاك بالحماية طبقا لبنود الإتفاقيات الثنائية بشرط أن تستعمل لأغراض إستثمارية وليس لغايات مضاربية à des fins spéculatives.

وخلاصة القول، أنه يمكن أن نجد إستثمارا بدون نقل دولي للقيم أو إدماج في إستثمار موجود فعلا. وبالرغم من ذلك، يمكن تمتيع هذا النوع من الإستثمار بكل الحماية التي تنص عليها الإتفاقية حتى وإن لم يكن في الأصل إستثمارا في المعنى الذي تعطيه النصوص القانونية للبلد المضيف للإستثمار (19).

---

(17) أنظر المادة 1-1 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع السابق، ص. 04. وكذلك المادة 1-1 من الإتفاقية الجزائرية القطرية، المرجع السابق، ص. 04.

(18) أنظر على سبيل المثال المادة 1-2 ب من الإتفاقية الجزائرية الأردنية المرجع السابق، ص. 05. وكذلك المادة 1-3 من الإتفاقية الجزائرية المالية، الجريدة الرسمية، عدد 97 المؤرخة في 27 ديسمبر 1998، ص. 07.

(19) Issad. M, « Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements », in R.A.S.J.E.P n° 4, Alger, 1991, pp. 713-734, spécial, pp. 717-720.

ولكن لا يكفي أن نطلع على النزاع وكيف يراه الطرفان المتعاقدان، بل يجـب علينـا أن نحدد أطراف النزاع بالذات.

المطلب الثاني: أطراف النزاع

إن الإتفاقيات التي إطلعنا عليها هي إتفاقيات مبرمة بين الحكومة الجزائريـة مـن جهة، وحكومات أخرى لصالح رعاياها من جهة أخرى. أما من حيث التكييف، فتعد هذه الإتفاقيات من بين المعاهدات الدولية التي تعقد بين دوليتين ذات سيادة. ولهـذا الغـرض، فبالرغم من إستعمال هذه الإتفاقيات لمصطلح "حكومة " لتعيين الطرف في الإتفاقية (20).

إلا أن الدولة الجزائرية هي المستهدفة في هذا الجانب. والدليل على ذلك هـو أن مصطلح دولة نجده في تمهيد العديد من الإتفاقيات الثنائية. ثم أن الحكومة هنا تمثل فقـط جهازا تنفيذيا يعهد إليه إبرام المعاهدة بإسم الدولة ولصالحها. وعليه، فالنزاع يظل نزاعـا يربط بين الدولة الجزائرية من جهة، ورعية الدولة الأخرى من جهة أخرى. وقد يكـون أيضا وليس بالضرورة نزاعا بين الحكومة الجزائرية ورعية تابعة لدولـة أخـرى هـي طرف في الإتفاقية. ومن ثمة، فالحكومة تعتبر الممثلة للدولة عند التوقيع، لأنه في الواقع ومثلما تشهد عليه إتفاقية CIRDI فالنزاعات إنما تثور بين الدولـة والمسـتثمر الأجنبـي. وعليه، فالذي يطرح إشكالا في باب تحديد طرفي النزاع إنما هي الدولة من جهة ورعية الدولة الأخرى الطرف في المعاهدة من جهة أخرى أو ما يصطلح عليه أيضا بالمسـتثمر الأجنبي.

السؤال المطروح هنا: ماذا يقصد بالدولة الجزائريـة؟ هـل يقصـد بهـا الدولـة الجزائرية الطرف في معاهدة دولية تعقد بين دولة ودولة أخرى أم الدولة كطرف في عقد يربطها بمستثمر أجنبي والذي يطلق عليه عادة بعقد الدولة؟ إن الدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام هو مفهوم قانوني لا يحتاج إلى إيضـاح ولكـن المقصـود به في البنود التي جاءت ضمن الباب المتعلق بالنزاعات المرتبطة بالإستثمارات في

---

(20) راجع على سبيل المثال ديباجة. الإتفاقية الجزائرية الرومانية للتشجيع والحماية المتبادلة للإسـتثمارات، الجريـدة الرسمية، عدد 69 المؤرخة في 26 أكتوبر 1994، ص. 04 وكذلك ديباجة الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسـومبرغية والجزائرية الإيطالية المرجعان السابقان، ص. 1775 و1780.

الإتفاقيات الثنائية التي تبرمها الحكومة الجزائرية مع الحكومات الأجنبية الأخـرى هـو الدولة بإعتبارها طرفا في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية. وحتى في هـذا الإطار، فإن إعطاء تعريف محدد للدولة لا يثير أي صعوبة، إذا كانت الدولـة المتعاقـدة الطرف في النزاع هي نفسها التي قامت بإبرام هذه العقود أو عن طريـق مـن يمثلهـا (رئيس الدولة، رئيس الحكومة أو أحد الوزراء). ولكن المشكلة تثور بالنسبة للموفق عندما يكون الطرف المتعاقد الطرف في النزاع ليس هو الدولة ذاتها وإنما جهاز تابع لها ويعمل لحسابها.

ولمعرفة مدى تبعية هذا الجهاز للدولة، يحق لنا أن نتساءل عـن المعـايير التـي بتوافرها يمكن إعتبار الجهاز المتعاقد جهازا تابعا للدولة ومنبثقا عنها.

توجد في الجزائر أجهزة ذات طابع إقتصادي وأخرى ذات طـابع إداري ونقصـد بالأجهزة ذات الطابع الإقتصادي المؤسسات العموميـة. أمـا المؤسسـات ذات الطـابع الإداري، فتتمثل في الهيئات الإدارية المركزية أو المحلية. لا حاجة للتأكيد علـى تبعيـة الأجهزة الإدارية للدولة (21) لأن المشاكل تثار غالبا وبصفة خاصة عندما يتعلـق الأمـر بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإقتصادي.

ففي خصوص هذه الأخيرة، تجدر الإشارة إلى أنه يجـري عـادة التمييـز بـين المؤسسات العمومية التجارية والمؤسسات العمومية المدنية. وبما أن التي تعنينا هنا هـي المؤسسات التجارية فقط. فهذه الأخيرة قد تأخذ شكل شركة مساهمة كما يمكن أن تأخـذ شكل مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري. وإن كان الغالب هو أخذ هذه الشركات شـكل الشركات ذات الأسهم.

بالنسبة لهذه الفئة الأخيرة من الشركات فهي تضم أغلب المؤسسات العمومية وهي عديدة ومتنوعة. مثل شركة سوناطراك في قطاع الإنتاج والتسويق. أما عن المؤسسـات ذات الطابع الصناعي والتجاري، فلنا مثال على ذلك، الشركة الوطنية للسكك الحديدية في قطاع الخدمات.

---

(21) Sur les institutions administratives en Algérie, voir Mahiou A, Cours d'institutions administratives O.P.U, Alger, 1981, pp. 89-181.

سنحاول من خلال هذين المثالين الأخيرين أن نلمس مدى تبعية أو إستقلالية المؤسسة العمومية عن الدولة وذلك بالإعتماد على معيارين تقليديين وهما المعيار العضوي ومعيار النشاط أو كما يعبر عنه الفقهاء بالمعيار المادي.

فيما يتعلق بالمعيار العضوي، فسنحاول أن ندرس من خلاله كيفيات إنشاء المؤسسة العمومية وكذلك رأس مالها، فالهياكل التي تتمتع بها إلى جانب الطبيعة القانونية لأملاكها. أما عن معيار النشاط فسوف نتعرض فيه إلى الطابع الإحتكاري والإستراتيجي لنشاط المؤسسة. ثم إن كان هذا النشاط يستهدف تحقيق المصلحة العامة أم لا، وأخيرا إذا كان يخضع للتخطيط الوطني. بالنسبة للمعيار العضوي وبالضبط فيما يخص شقه المتعلق بالإنشاء. فنلاحظ أن إنشاء المؤسسة العمومية قد يكون بقرار صادر عن الدولة.

وفي هذه الحالة، فإن إنشائها يأخذ شكل قرار حكومي، خاصة عندما يتعلق الأمر بتنمية قطاعات تعتبرها الحكومة ذات أولوية أو ذات مكانة هامة.

كما يمكن أن يكون إنشاء المؤسسة عن طريق القانون. ففي هذه الحالة، يشترط القانون التجاري مثلا في مادته 592 عددا معينا من المساهمين لإنشاء مؤسسة عمومية في شكل شركة مساهمة. ثم في مرحلة لاحقة يأخذ إنشائها شكلا تعاقديا. وفي هذا المعنى وفي إطار الإستثمار الأجنبي في الجزائر، يتعلق الأمر هنا خاصة بإنشاء شركة مختلطة.

ولكن بالرغم من ذلك كله،يبقى إنشائها خاضعا لإطار قانوني تحدده الدولة. أما النتائج القانونية لعملية الإنشاء، فتتمثل في منح المؤسسة العمومية الشخصية المعنوية. ومن شأن هذه الشخصية المعنوية أن تعطي مبدئيا المؤسسة العمومية إستقلالية عضوية ووظيفية. وهكذا، فهي تسمح لها بأن تكون لها ميزانية وذمة مالية وأجهزة تسيير تتمتع بسلطة قرار وتسيير مستقلين. إلا أن مصطلح إستقلالية الذي يعتبر حجز الزاوية في معالجة مدى تبعية المؤسسة العمومية للدولة كان ولا يزال محل غموض ومثير للجدل بين الفقهاء. يبقى أن المتفق عليه عموما، هو أن الإستقلالية تعني إعطاء حرية أكبر للمؤسسات العمومية وإبتعادها قدر الإمكان عن الدولة. بمعنى آخر، أن الدولة تصبح مسؤولة فقط عن إتخاذ القرارات فيما يتعلق بالإتجاهات الكبرى على الأمد البعيد ولا

تتدخل في السير العادي للمؤسسة (22). ولكن الملاحظ، هو أن المؤسسة العمومية بحكـم دورها داخل الحلقة الإقتصادية، فإنه يحكمها منطقان. فمن جهـة، وبحكـم الإسـتقلالية الممنوحة لها، فهي تسعى للعمل على خدمة مصالحها الصرفة كمؤسسـة. ومـن جهـة أخرى، إذا سلمنا بفكرة أنها لا تعد سوى وسيلة في يد الدولة، فمن هذه الزاوية، لا بد لها أن تأخذ في نشاطها بعين الإعتبار المصلحة العامة للمجموعة وأن تعمل علـى تلبيتهـا. وهذان المنطقان كرسهما الفقه، بحيث أننا نجد اليوم إتجاهين. بالنسبة للإتجـاه الأول، لا يمكن أن تكون المؤسسة العمومية إلا وسيلة لتلبية مصلحة محددة للمجموعة. وبناء عليه، فالإستقلالية في هذا المنظور، لا تعد سوى تقنية قانونية بحتة (23) في خدمة الهدف المعلن ألا وهو المصلحة العامة. ومن ثمة، فإن الإستقلالية بالرغم من كونها تعد ضرورية لسير المؤسسة العمومية قصد إضفاء نوع من المردودية على عملها لا تعد في نظر هذا الإتجاه إلا تقنية لتنظيم المؤسسة وبذا فهي تحمل في طياتها علاقة تبعية مباشرة للدولة (24).

أما بالنسبة للإتجاه الثاني، فإن المؤسسة تملك منذ نشأتها نشاطا خاصا بها وأهدافا تعمل على تحقيقها (25) وبالنتيجة، فإن أهم ميزة تتميز بها المؤسسة هو إستقلاليتها التامـة إزاء الإدارة وإزاء القانون (26) لأن الإستقلالية هي التي تحدد في النهاية النظام القـانوني للمؤسسة العمومية (27).

في خصوص الوضع في الجزائر، فكما هو معلوم فقد مرت المؤسسـة العموميـة بمراحل. مرحلة الإحتكار التي بدأت منذ الإستقلال. ثم منذ سنة 1986 ومع بداية ظهـور الأزمة الإقتصادية سن المشرع قوانين عديدة منح من خلالها المؤسسة العموميـة أو مـا يعرف أنذاك بالمؤسسة العمومية الإقتصادية إستقلالية أكبر. ثم في مرحلة لاحقة مع بداية

---

(22) Haut conseil du secteur public, « Le secteur public concurrentiel en 1987-1988 », Rapport 1988, la documentation française, n°12, 1990, p. 101
(23) Douence. J.C, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », in R.D.A, 1972, p. 753.
(24) Delion. A.G, « Les entreprises publiques et le concept d'efficacité », R.F.A.P, n° 20, oct-déc 1981, p. 13.
(25) Anastassopoulos. J.P, « Les entreprises publiques entre autonomie et la dépendance » R.M.P, vol 3, n° 2, juin 1985, p. 73.
(26) Mescheriakoff. A, « L'autonomie des entreprises, éléments pour une définition », R.D.P, 1985, n° 6, p. 08.
(27) Vedel. G, « La technique des nationalisations », Droit social, 1946, p. 95.

التسعينات أخضع المشرع المؤسسة العمومية الإقتصادية إلى القانون التجاري كليـة بعـد إلغاء القانون المتعلق بإستقلالية المؤسسات وهو يميز في ذلك، بين المؤسسـة العموميـة الإقتصادية الخاضعة للقانون التجاري والمؤسسة العمومية الإستراتيجية.

فهذه الأخيرة بالذات، بالرغم من إضفاء الشكل التجاري عليها من طرف المشـرع ومنحها الشخصية المعنوية، فهي تعد شركة خاضعة للدولة لأنها لا تتمتع بأدنى إستقلالية لا عضويا ولا ماديا لإرتباطها بقطاعات إستراتيجية مثل المحروقات وتوليـد الكهربـاء والغاز والنقل العمومي بصنفيه البحري والجوي وتمتعها برأس مال عمـومي وأجهـزة مسيرة تابعة للدولة.

فنحن في هذه الحالة، أقرب من النظرية التي تقول بأن المؤسسة هي أداة في يـد الدولة وتقنية تنظيم مؤسساتي ووسيلة لتحقيق غاية ألا وهي المصلحة العامة إلى النظرية القائلة بأن المؤسسة العمومية حتى وهي عمومية لا يمكن أن تكون إلا منفصلة عن الدولة بحكم ما تتمتع به من إستقلالية. هذه الأخيرة التي يجب أن تكون مطلقة.

وتشكل من جهة أخرى الإستقلالية المالية (28) وجها آخر لمعرفة مدى تبعية أو عدم تبعية المؤسسة العمومية للدولة. وتعني هذه الإستقلالية، أن المؤسسـة العموميـة تتمتـع بميزانية خاصة وخارجة عن الميزانية العامة للدولة. وهـي ميزانيـة تقـوم بإعـدادها والمصادقة عليها الأجهزة المسيرة للمؤسسة وتتوج بحصيلة محاسـبية Bilan comptable . لكن في الحقيقة ليس دائما صحيحا، ذلك أنه بالنسبة للمؤسسات الإستراتيجية مثل شـركة " سوناطراك" أو " الشركة الوطنية للسكك الحديدية " فمازال رأسمالها غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه أو التنازل عنه (29)، خاصة وأنه بالنسبة للشـركة الوطنيـة للسـكك الحديدية بالذات وبحكم أنها تؤدي مهمة مرفق عام فهي تستفيد بالمقابل بالإعانات الماليـة Les subventions التي تمنحها لها الدولة.

---

(28) Selon M. Boussoumah : « Cette mention (celle d'autonomie financière) est superflue car il n'existe pas en droit algérien d'établissements publics sans autonomie financière ou à autonomie financière incomplète », in « la notion d'entreprise publique en droit algérien ». Rev. Algérienne, n° 1, 1989, pp. 29-87, spéc, p. 76.

(29) أنظر المادة 05 من القانون الأساسي لشركة "سونطراك"، الجريدة الرسمية رقم 07، 1998، ص. 07. والمادة 07 من القانون الأساسي الشركة الوطنية للسكك الحديدية، الجريدة الرسمية، لرقم 54 لسنة 1986، ص. 1263.

وعلى صعيد آخر، يلعب عنصر ملكية رأس المال دورا حاسما في تحديـد مـدى تبعية أو إستقلالية المؤسسة العمومية عن الدولة. بالنسبة للمؤسسة العمومية القابضة مثلا، فهذه الأخيرة التي أنشأها المشرع على أنقاض صناديق المساهمة يعود رأسمالها التأسيسي كلية أو بالمشاركة مع أشخاص معنوية من القطاع العام إلى الدولة (30).

فالدولة هنا هي المالكة الوحيدة لرأسمالها. ومن شأن هذه الملكية أن تمنحها جميـع الميزات التي غالبا ما يتمتع بها المالك كبيع الأسـهم Les actions، إلـى جانـب إمكانيـة مراقبتها للمؤسسة (31).

ولكن ما هي الآثار المترتبة عن إمتلاك رأس المال من طرف الدولة في علاقاتها مع المؤسسات العمومية القابضة، هل هي علاقة تبعية أم إستقلالية؟ طبقا للأمر المتعلـق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، فإن العلاقة بـين المؤسسـات العموميـة القابضة والدولة كانت تحكمها إتفاقيات تبرمها الدولة ممثلة في المجلس الوطني لمساهمات الدولة مع المؤسسة العمومية القابضة حتى تقوم هذه الأخيرة بوضع السياسة الإقتصـادية للحكومة موضع التنفيذ (32). ومن ثمة، فالمؤسسة العمومية القابضة هي مكلفة فقط بتسيير وإدارة الرّساميل التجارية للدولة (33) . ولكن الدولة التي تعود إليها الرّساميل هـي التـي تحدد بالتشاور مع الأجهزة المداولة Les organes délibérants أهـداف السياسـة المعتمـدة بالنسبة لتسيير مساهمات الدولة وكذلك شروط توظيف رؤوس الأموال التابعة لها (34).

أما بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإستراتيجي مثل شركة "سـوناطراك" فإنها بقيت خاضعة في تنظيمها ونشاطها إلى قانونها الأساسي. فمثلا بالرجوع إلـى هـذا القانون، فإننا نجد رأسمالها الذي شهد زيادة في حجمه منذ سنة 1963هو مكتوب ومدفوع

---

(30) مادة 05 من الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولـة، الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1995، ص. 1711.

(31) توجد علاقة وثيقة بين ملكية رأس المال والرقابة على المؤسسة العمومية وإن كان في الواقع ليس دائما صـحيحا. لأنه في حالة الشركة المختلطة مثلا فمن يملك التكنولوجيا هو الذي يملك الرقابة على المؤسسة وليس الشريك الذي لـه الأغلبية في رأس المال.

(32) راجع المادة 08 من الأمر 25/95 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة، الجريدة الرسـمية عـدد 24، ص. 1712.

(33) أنظر المادة 05 من نفس الأمر، نفس المرجع.

(34) المادة 20 من نفس الأمر، نفس المرجع.

من طرف الدولة المالكة الوحيدة له. من جهة أخرى، فهو غير قابل للتصرف فيـه أو الحجز عليه أو التنازل عنه (35) مما يعني التبعية الكلية لشركة "سوناطراك" للدولة.

ولكن ما هي إنعكاسات إمتلاك الدولة لرأسمال شركة "سوناطراك" علـى شـكلها التجاري كشركة ذات أسهم وعلى طابع الضمان الذي يجب أن يتصف به رأسـمالها إزاء الدائنين؟ الملاحظ هنا في خصوص شكلها التجاري بإعتبارها شركة ذات أسهم وإذا أخذنا الدولة كمساهم وحيد، فهذا يشكل تناقضا مع عدد المساهمين الواجب توافره في مثل هـذا النوع من الشركات والذي لا يمكن أن يكون أقل من سبعة. بيد أننا من جهة أخرى نلاحظ أن المشرع لتجاوز هذه العقبة أكد على أن مثل هذا الشرط لا يمكـن أن ينطبـق علـى الشركات ذات الأسهم عندما تكون عمومية (36).

أما على مستوى الضمان، فيشكل الرأسمال التأسيسي لشركة "سونطراك" ضـمانا لدائنيها. ولكن المشرع - حسب نظرنا - قد أفرغ هذا العنصر من محتواه عندما أعلن عن عدم قابلية الحجز على رأسمالها وهو ما يتناقض مع البعد الدولي لنشاط مؤسسة عمومية في حجم "سونطراك" (37). الشيء الذي نؤكد عليه هو أنه إذا كان بالإمكان إحتـرام مبـدأ عدم التنازل عن رأسمال شركة " سونطراك " أو الحجز عليه، أو التصرف فيه في الداخل للقول أنها تابعة للدولة وبالتالي فلا يجوز أن تتعرض أموالها وأملاكها للحجز. فإن نفـس المبدأ يصعب تحقيقه في الخارج، ذلك أنه إذا تمسكت " سـونطراك " بصـفتها كتـاجرة فسوف يصعب عليها أن تستند في علاقاتها مع الخارج على قانونها الأساسي للتخلص من عملية الحجز التي من الممكن أن تسلط على أملاكها خاصة، وهي تعد شركة ذات أسهم. مما يعني أن أملاكها وودائعها في البنوك ممكن أن تصبح محل حجـز أو تنـازل حتـى تتمكن "سونطراك" من الوفاء بالتزاماتها التعاقدية.

وبديهيا، للتأكيد على معيار ملكية رأس المال لإبراز تبعيـة المؤسسـة العموميـة للدولة، يكفي هنا التذكير بما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 21

(35) المادة 05 من القانون الأساسي لشركة "سونطراك"، المرجع السابق.

(36) مادة 592 فقرة 2 و3 من القانون التجاري.

(37) مادة 07 من القانون الأساسي لشركة " سونطراك"، المرجع السابق، ص. 07.

جويلية 1987 في القضية التي جمعت دولة الكنغو بالشركة الإيطالية Bevenutti et Boufort من أن ملكية رأسمال البنك الكنغولي من طرف الحكومة الكونغولية تكفي لوحدها للتأكـد من تبعية هذا البنك للحكومة الكونغولية بدون إعتبار العناصر الأخرى مثل كيفية إدارته أو النظام القانوني الذي يحكم تصرفاته وكذلك وسائل تمويله والتي إعتبرتهـا المحكمـة. "مجرد مؤشرات إحتياطية تفيد فقط في تدعيم القرينة الأساسية المستمدة من ملكية الحكومة الكونغولية لرأس مال البنك" (38).

ولكن ماذا عن ملكية رأس المال في إطار شركة مختلطة ودورها في تحديد مدى تبعية هذه الشركة للدولة أو إستقلالها عنها؟

تجدر الإشارة هنا إلى أنه في السابق كانت مساهمة الطرف الوطني في رأسـمال الشركة المختلطة في حدود 51 % وقد جاءت هذه النسبة كنتيجة حتميـة لتأميمـات سـنة 1971. ثم كرست هذه النسبة في دستور 1976 (39) وفي الميثاق الوطني (40) وحتى عنـد المصادقة على قانون 28 أوت 1982 ثم وقع التأكيد علـى هـذا المبـدأ فـي قـانوني المناجم (41) والمحروقات فيما بعد.

أما الآن، وبعد إنفتاح الرأسمال العمومي على المشاركة الأجنبية، فهل يوجد مثلما كان في السابق سقف محدد لمساهمة الرأسمال العمومي في إطار ما يسمى بالشـركة الجزائريـة الأجنبية للتحقق من مدى تبعية المؤسسة المختلطة للدولة؟ مبدئيا، القاعدة تقول أن إمتلاك الطرف العمومي أكثر من 50 % من رأسمال الشركة المختلطة يعد قرينة كافية لإخضاعها لرقابة الدولة. إلا أننا إذا نظرنا إلى الواقع، فإنه لا يوجد معيار رقمي لمساهمة مالية مـن طرف الشخص المعنوي في رأس المال والتي على أساسها يمكن أن تتحقق رقابة الدولـة على الشركة المختلطة ومن ثمة القول بأنها تابعة لها. لأنه ليس دائما صحيحا أن من يملك رأس المال، يملك الرقابة على الشركة. إن رقابة الدولة بواسـطة المؤسسـة العموميـة الشريكة في الشركة المختلطة يمكن أن تأتي من مجرد مساهمة بأقلية في رأس المال.

---

(38) Cass. 1ère Ch. civile, 21 Juillet, 1987, Rev. Crit DIP, 1988, p. 347 et s.

(39) دستور 1976، مادة 06 فقرة 3.

(40) الميثاق الوطني، المطبوعات الشعبية للجيش، 1976، ص. 152.

(41) قانون رقم 84-06 المؤرخ في 07 جانفي 1984 والمتعلق بالنشاطات المنجمية، الجريدة الرسمية، ص. 82.

ولكن المساهمة بأقلية في رأس المال لا تمنح الطرف العمومي المساهم حق الملكية ولكن فقط حق المساهمة في تسيير الشركة. وبالرغم من ذلك، فيكفي أحيانـا أن يمتلـك الطرف العمومي مجموعة أسهم تقل عن 50 % حتى يشكل ما يسمى بالأقليـة المعرقلـة "La minorité de blocage" وهو في هذه الوضعية، فتعتقد أنه حتى وأنه لا يتمكن من مراقبة الشركة المختلطة فهو يؤثر بصفة محسوسة في تسييرها.

أما عن كيفية تحديد مساهمة كل طرف في الشركة حاليا، فإنه بالرجوع إلى القانون الجزائري، سواء الأمر 25/95 لـ 25 سبتمبر 1995 السابق والمتعلق بتسيير الرّساميل التجارية للدولة أو إلى المرسوم الرئاسي رقم 48/98 لـ 11 فبراير 1998 والمتضـمن القانون الأساسي للشركة الوطنية "سونطراك" فإننا لا نجد أي سـقف لمسـاهمة الطـرف العمومي، فهل هذا يعني أن عدم التنصيص على سقف محدد لمساهمة الطرف العمـومي في الشركة المختلطة يعد منح الحرية المطلقة للطرفين في تحديد مساهمة كل طرف فـي رأس مال الشركة وبالتالي عدم الإعتراف ضمنيا بتبعيتها للدولة؟ لدى إطلاعنا على بعض إتفاقيات الشراكة الجزائرية الأجنبية، فإننا وجدنا أن هنالك تفاوتا في مساهمة كل طـرف متعاقد في رأس المال، فمثلا بالنسبة للمؤسسات العمومية القابضة، فإن بروتوكولا للإتفاق أبرم في مجال الخدمات البترولية بين الشركة الجزائريـة (شـركة الشـمال للخـدمات البترولية) والشركة الكندية للخدمات البترولية حددت بمقتضاه مساهمة كل طرف في رأس مال الشركة بالتساوي خمسون بالمائة، خمسون بالمائة. أما بالنسبة للمؤسسات العموميـة ذات الطابع الإستراتيجي مثل شركة سونطراك، ففي إتفاق أمضي من طرف هذه الأخيرة مع شركة أجيب الإيطالية في ميدان الإستكشاف والتنقيب والإستغلال البترولـي حـددت مساهمة سونطراك بـ 40 % من رأسمال الشركة، بينما مساهمة أجيـب بـ 60 % **(42)**. وهكذا وكما نلاحظ فإن مساهمة كل طرف في رأس مال الشركة هو محدد بمقتضى العقد.

---

(42) للإشارة لقد وقعت شركة "أجيب" منذ سنة 1995 سلسلة من إتفاقيات الشركة مع " سونطراك" تتعلق بتقسيم نسـب الإنتاج في مادة البترول الفترة تمتد من ثلاث إلى خمس سنوات. فظلا عن ذلك تسعى شركة :سونطراك" إلـى إبـرام إتفاقيات مماثلة في مجال إستكشاف وإستغلال المحروقات من شأنها أن تسمح لشركة "أجيب" في غضـون 2005 فـي الرفع من قيمة إنتاجها في الجزائر إلى حدود 210 ألف برميل يوميا. وهو حجم يؤهلها لأن تكون ثاني شركة أجنبية في الجزائر بعد شركة "أنا دركو" الأمريكية التي يتوقع أن يصل حجم إنتاجها إلى 330 ألف برميل يوميا. يوميـة الخبـر 1998/09/25، ص. 05.

وللتأكيد على الصفة التعاقدية لهذه المساهمة، فإننا نجد أن شركة مختلطة أنشـئت بين شركة سونلغاز بصفتها الطرف العمومي والشركة السويسرية "أمربـراون بـوفري" (A.B.B) المختصة في صناعة التجهيزات الإلكترونية وإصـلاحها وصـيانتها، تسـاهم سونلغاز في إطارها بـ 40 % من رأس مالها، بينما تساهم الشـركة السويسـرية بـ 60 % (43). نفس نسبة المساهمة لاحظناها في بروتوكول الإتفاق الذي بمقتضاه تم إنشـاء شركة مختلطة بين الشركة الوطنية الجزائرية للمنظفات (ENAD) والمجموعة الألمانيـة (HENKEL) تساهم فيه المجموعة الألمانية بـ 60 %.

من جهة أخرى، تعد الوصاية على الجهاز العمومي (سواء كان هذا الجهاز مؤسسة عمومية أو هيئات عمومية إدارية إقليمية) عنصرا من عناصر إثبات تبعية هـذا الجهـاز للدولة (44). إن الجهاز العمومي يخضع إلى وصاية سلطة إدارية عليا مركزية ألا وهـي الوزارة وإلى سلطة إدارية لا مركزية. بإعتبار أن الأولى تقوم برسم السياسة العامة فـي الدولة، بينما تقوم الثانية بوظيفة الأعمال التنفيذية المتعلقة بسير حركة العمل في المؤسسة العمومية أو في المرفق العمومي من حيث المكان والزمان وطبيعة النشاط الذي يباشـره المرفق أو المؤسسة العمومية.

إن مصطلح "وصاية" غالبا ما يكون مرتبطا بمصطلح اللامركزية بمفهومها الإقليمي والفني معا. بمعنى، أن الأول ينطبق على المجموعات الإقليمية والثاني على المؤسسـات العمومية. إلا أن بعضا من الفقهاء من ينتقدون مصطلح "الوصاية " في إطار اللامركزيـة الفنية ويقترحون بدلا عنه مصطلح "الرقابة الإدارية". أما البعض الآخر، فيفضـل كلمـة الإلحاق Le rattachement التي تعتبر في نظرهم أكثر ملائمة لإبراز العلاقة بين المنشـآت العامـة Les établissements publics والمجموعـات العموميـة Les collectivités publiques ولتطابقها مع نظرية اللاتمركز La déconcentration (45).

---

(43) للعلم أنشئت الشركة المختلطة الجزائرية السويسرية في سبتمبر سنة 1999 على إثر إتفاق شركة صودق عليه في فيفري من نفس السنة وعلى إثر بروتوكول إتفاق أمضي في ديسمبر سنة 1997 بين شركة "سونلغاز" من جهة والشركة السويسرية (ABB) من جهة أخرى. عن نفس الجريدة نفس الصفحة.

(44) Dubin JP, Le contrôle administratif sur les établissements publics. L.G.D.J, Paris 1982, pp. 32-33.

(45) Douence J.C, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale » in R.D.P 1971, p. 4.

ولكن دون الخوض في مناقشات مذهبية تتعلق بالمصطلح، فالملاحظ هنا، هـو أن الجهاز العمومي سواءا كان جهازا ذا طابع إقتصادي أو إداري محلي فهو يخضع من جهة إلى سلسلة من الهيئات الوصائية على المستويين المركزي والمحلي. ولكن ومهما كانـت هذه المستويات الوصائية التي يخضع لها الجهاز العمومي، فهي ليست إلا مظهـر مـن مظاهر تبعية الجهاز للدولة عن طريق الوصاية.

وعلى مستوى آخر، تشكل كيفية تنظيم المؤسسة العمومية وعملها معيارا من نوع جديد لإبراز مدى تبعيتها للدولة. فإذا أخذنا شركة "سوناطراك" مثلا، فإننا يمكن أن نحلـل مدى تبعيتنا للدولة من خلال هياكلها التنظيمية وعملها والتي تتعلق أساسا بالجمعية العامة ومجلس الإدارة والرئيس المدير العام.

فهي خصوص الجمعية العامة "لسوناطراك"، نلاحظ أنها من حيث التركيبـة فهـي تقتصر على الدولة فقط بإعتبارها المساهم الوحيد. وبما أن الدولة هـي مجـرد متخيـل قانوني Fiction juridique فإن ممثلين عنها هم الذين يجلسون في الجمعية العامـة وهـؤلاء هم: الوزير المكلف بالمحروقات والوزير المكلف بالمالية وممثل عـن الدولـة المكلـف بالتخطيط ومحافظ بنك الجزائر وممثل عن رئاسة الجمهورية (46) إلـى جانـب الـرئيس المدير العام. الملاحظ في خصوص هذا الأخير، أنه خلافا للرئيس المـدير العـام علـى مستوى شركة المساهمة أين يعتبر فيها الرئيس المدير العام عضوا مساهما يتمتع بكامـل الحقوق اللصيقة بهذه الصفة (47)، فإن الرئيس المدير العام لشركة "سوناطراك" يشارك في الجمعية العامة، إلا أنه لا يملك إلا صوتا إستشاريا فقط. إن المشرع حاول من خلال هذه المشاركة بصوت إستشاري فقط إن يفصل بين الجهاز الرقابي الذي تمثله الجمعية العامة والتي بدورها تعتبر إمتدادا للدولة وجهاز التسيير الذي يمثله الرئيس المدير العام بإعتباره رئيس الجهاز التسيري.

---

(46) مادة 09 فقرة أولى من القانون الأساسي لشركة "سوناطراك"، المرجع السابق.
(47) راجع المادة 638 من القانون التجاري.

وتظهر لنا أيضا تبعية مؤسسة "سونطراك" للدولة على مستوى سير الجمعية العامة نفسها. فمثلا تجتمع الجمعية العامة في دورة عادية ودورة غير عادية. وفي كلتا الدورتين لا تلتئم الجمعية إلا بإستدعاء من رئيسها ألا وهو وزير المحروقات.

أما عن مجلس الإدارة، المظهر الثاني الذي يجسد تبعية "سونطراك" للدولة، فهـو من حيث تركيبته، مشكل من ممثلين عن الدولة (48) إلى جانب أعضاء آخرين. أما عـن صلاحياته، فإنها تمارس في حدود الهدف الإجتماعي للشركة وطبقا للقانون الأساسي لها.

أما العنصر الآخر الذي يؤكد تبعية شركة "سونطراك" كمؤسسة عمومية للدولـة، فيتمثل في الرئيس المدير العام. الملاحظ، أن هذا الأخير هو معين مـن طـرف رئـيس الجمهورية. أما من حيث الصلاحيات المخولة له، فإنها بقدر ما هي واسعة إذا أخذنا بعين الإعتبار موقع الرئيس المدير العام في شركة ذات أسهم، إلا أنها تبقى محدودة بالنظر إلى الهدف الإجتماعي للشركة.

خارج العناصر والمعايير التي ذكرناها لإبراز مدى تبعيـة المؤسسـة العموميـة للدولة، فإن عنصرا آخر لا يقل أهمية ألا وهو أملاك المؤسسة العمومية. وسؤالنا هو، إلى أي مدى يمكن أن تحقق هذه الأملاك تبعية المؤسسة للدولة أو إستقلالها عنهـا؟ تتكـون الذمة المالية للمؤسسة عموما من مجموعة من الأملاك والأموال ذات المصادر المتعددة. فهي تتكون من رأسمال تأسيسي وأملاك أخرى تكتسبها الشركة بموجب التمويل الـذاتي من نشاطاتها وإستثماراتها المختلفة وما يترتب عنها من أرباح صـافية حيـث يشـترط القانون ضرورة إقتطاع نسبة من الأرباح لتكوين مـال إحتيـاطي يسـمى "الإحتيـاطي القانوني" (49) ولكن، ماذا عن الأموال التي هي في حوزة المؤسسة العامة. هل هي أملاك تعود لها أم للدولة؟

(48) راجع المادة 10 فقرة أولى من القانون الأساسي لشركة "سونطراك"، المرجع السابق، ص. 8.
(49) أنظر المادة 712 من القانون التجاري.

هنالك ثلاثة إتجاهات فقهية في خصوص هذه النقة بالذات. يعتبر الإتجاه الأول، أن الأملاك تعود للدولة بإعتبارها الممثل القانوني للأمة والشعب (50) ومن ثمة، فإن ما تتمتع به المؤسسات العمومية من مظاهر الملكية كالإستعمال والإستغلال إنما هو مترتب عن كونها نائبة عن الدولة على أن تحتفظ تلك المؤسسات بحق الإدارة فقط. أما الإتجاه الثاني، فيذهب أصحابه إلى القول بأن الملكية تعود فقط إلى المؤسسة العمومية، وسندهم في ذلك إضفاء الشخصية القانونية على المؤسسة العمومية بإعتبارها مجموعة من الأموال بالأساس. الأمر الذي يمنحها القدرة على تحمل الإلتزامات وإكتساب الحقوق ومنها حق الملكية. ومع بروز هذين الإتجاهين، ذهب إتجاه ثالث إلى إبراز أن حق الملكية هذا، هو في الحقيقة ينقسم إلى حقين، حق للمؤسسة العمومية وحق آخر للدولة تأسيسا على فكرتي الرقبة وملكية المنفعة.

كما تبرز تبعية المؤسسة العمومية للدولة في الحماية القانونية المدنية والجنائية التي بسطها المشرع على أموالها (51) وتظهر أيضا بصفة جلية تبعيتها للدولة في خضوع أموالها لرقابة مجلس المحاسبة (52).

أما وبعد إستعراضنا للمعيار العضوي في مختلف أوجهه، هنالك معيار آخر، ألا وهو المعيار المادي أو معيار النشاط. وسوف نحاول أن نرى مدى تبعية المؤسسة العمومية للدولة من خلال طبيعة النشاط، وإن كان إستراتيجيا وإحتكاريا، وإن كان خاضعا إلى التخطيط الوطني أم لا.

بالنسبة للصفة الإحتكارية أو الإستراتيجية لنشاط المؤسسة العمومية، فعادة ما يقسم رجال القانون الإحتكار، إلى إحتكار واقع monopole de fait وإحتكار قانون monopole droit ويقصد بإحتكار قانون، تخصيص بعض النشاطات الإقتصادية للمتعامل العمومي دون

(50) د. سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1968، ص. 122.

(51) أنظر المادة 08 فقرة أولى من القانون رقم 16/84 الصادر في 30 جوان 1984 والمتعلق بالأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية 1984، ص. 678 وما بعدها والمواد 119-418-421 من قانون العقوبات.

(52) أنظر المادة 08 من الأمر 20/95 المؤرخ في 17 جويلية 1995 والمتضمن تنظيم مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية 1995، ص.

وجود أي منافسة كما ويفترض أيضا أن يكون هناك نص قانوني يؤهله للتدخل في مجال النشاط المخصص له (53). أما إحتكار واقع، فيعرف عادة على أنـه وضـعية إحتكاريـة تستفيد منها المؤسسة العمومية المختصة في إنتاج أو تسويق سلعة أو خدمة تمكنهـا مـن التحكم في السوق (54).

أما عن الهدف من نشاط المؤسسة العمومية، فيقصد به، إذا كان يرمي إلى تحقيق غاية ذات منفعة عامة أم لا. وتبعا لذلك، فيمكن لنا أن نلمس تبعية المؤسسـة العموميـة للدولة من خلال هذين المؤشرين. ففي الحالة الأولى، في حالة الإحتكار، تظهر التبعية من خلال تسيير المؤسسة العمومية لقطاع عمومي خارج قواعد السوق. أما في الحالة الثانية، أي في خصوص العنصر الغائي لنشاط المؤسسة، فتبرز تبعية المؤسسة للدولة من خلال الهدف من نشاط المؤسسة الذي لا يستهدف الربح بقدر ما يرمي إلى تحقيق أهـداف ذات مصلحة عامة.

وفي خصوص هذا العنصر الغائي بالذات، فإننا نلاحظ وجود علاقة عضوية بـين المنفعة العامة والمهام المنوطة بالمؤسسة العمومية والتي من بينها تسيير المرفق العام. إن المنفعة العامة تعتبر في نهاية المطاف بمثابة الأساس والغاية لنشاط كل مؤسسة عموميـة وهي التي تبرر إخضاعها إلى رقابة الدولة ومن ثمة تبعيتها لها (55) وعلى صعيد آخـر، يمكن أيضا تحديد مدى تبعية المؤسسة العمومية للدولة بالرجوع إلـى درجـة خضـوع نشاطها إلى التخطيط الوطني.

للوقوف على مسألة تبعية المؤسسة العمومية للدولة من عدمها في إطار المخطـط الوطني لا بد من التعرض إلى مسألتين وهما تصنيف المخطط الوطني ومحاولة تقصـي طبيعته القانونية.

---

(53) De Laubadère A et Delvolvé B, Droit public économique, Dalloz, 5ème éd, Paris, 1986, p. 216 et s.
(54) De Bourné. G.M, Le monopole, PUF, coll, Que sais-je ? Paris, 1986, spéc, p. 4 et s.
(55) Délion A.G , « L'évolution du contrôle des entreprises publiques en France », in R.F.A.P. 1984, p. 689.

بالنسبة للتصنيف، نحن نعلم أن الإقتصاد العالمي قد عرف نوعين من المخطـط: هناك المخطط الإلزامي Impératif وهو المخطط اللصيق بالإقتصاد الموجه وهناك أيضـا نقيضه والمعروف بالمخطط التوجيهي Indicatif والمرتبط أساسا بالإقتصـاد الليبرالـي تمارسه بعض البلدان مثل فرنسا على وجه الخصوص. ولكن أين موقع المخطط الوطني من هذين الصنفين من المخططين ومدى إنعكاسهما على تبعية المؤسسة العمومية للدولة؟

بالنسبة للمخطط الوطني، لقد عرف هذا الأخير مرحلتين، مرحلة المخطط الإلزامي أين كان فيها الإقتصاد في الجزائر إقتصادا موجها وكانت المؤسسات العموميـة أو مـا يعرف أنذاك بالمؤسسات الإشتراكية تابعة للدولة. ثم عرف المخطط الوطني فيمـا بعـد مرحلة جديدة تبدأ من الثمانينات إلى يومنا هذا والتي يمكن أن نصفها بمرحلـة الإنفتـاح وتقلص دور الدولة. وعلى أساس هذا المعطى، يمكن إعتبار المخطط الـوطني مخططـا توجيهيا وممكن إعتباره كذلك إلى حد بعيد، إذا سلمنا بأن المخطط التوجيهي إنما هو يعـد شكلا من أشكال التنظيم الوسطي الذي يقع في مفترق الطرق بين قواعد السوق من جهـة والتخطيط الإلزامي من جهة أخرى (56).

أما على مستوى إنعكاس هذين النموذجين من التخطيط على مدى تبعية المؤسسـة العمومية للدولة، فإننا لا يمكن أن نرى ذلك إلا من خـلال القـالبين اللـذين وضـعهما الإقتصاديون للمخطط. وبعبارة أخرى، إذا صنفنا المخطط الوطني على أساس أنه مخطط إلزامي، فإن المؤسسة لا يمكن أن تكون إلا إمتدادا للدولة. أما إذا أخذنا المخطط على أنه مجرد مخطط توجيهي، فإننا يمكن أن نقول أن المؤسسة العمومية هي مستقلة عن الدولة. ولكن إذا أعتبرنا من وجهة نظر ثالثة، أن المخطط التوجيهي ما هو ألا مخطط وسـطي يقع بين نقيضين: السوق من جهة والمخطط الإلزامي من جهة أخرى، فإن هذا التعريـف الأخير هو الأكثر ملائمة من وجهة نظرنا، إذا إعتمدنا في ذلك علـى الشـكل التجـاري اللصيق بالشركات الوطنية من ناحية (57) ، والذي يكرسه مبدأ المتاجرة بالنسبة لمعاملاتها

---

(56) Sur cette typologie, voir Quinet. E et Touzery. L : Le plan français, mythe ou nécessité, éd Economica Paris, 1986, p. 5 et s. Egalement, Quinet. E, La planification française, PUF, Que sais-je ? n° 2532, Paris, 1990, p. 7.

(57) راجع مثلا المادة 03 من القانون الأساسي لشركة "سونطراك"

التجارية ومن ناحية أخرى، إذا أقرينا بأن نشاطها يخضع خضوعا لا لبس فيه لتوجيهات وبرامج السلطة العمومية، خاصة إذا علمنا أن بعض الشركات مثل شركة "سوناطراك" فإن هدفها لا يرمي فقط إلى تلبية حاجات داخلية ولكن أيضا توسيع رقعـة نشـاطها خـارج الحدود مع شركات أجنبية في إطار الشراكة الجزائرية الأجنبية (58). ولكن الشيء الـذي يجب التأكيد عليه في نظرنا في كلا الحالتين، سواء أكان هذا النشاط في إتجـاه السـوق الداخلية أو في إتجاه الخارج فإنه يبقى خاضعا لمرجعيات Des références يحددها المخطط الوطني خاصة وأنه بالنسبة لمداخيل المحروقات من التصدير مثلا، فإننا نجدها موجهـة بصفة شبه كلية لتغطية الحاجات الوطنية في الداخل وهي حاجات تدخل ضمن إستراتيجية الحكومة والمجسدة سنويا في إطار قانون المالية (59). وإذا قلنا أن المخطط الـوطني هـو مجرد مخطط توجيهي، فما هي الطبيعة القانونية للمخطط حتى يمكن لنا أن نتأكد من مدى إلتزام المؤسسة العمومية به؟ لأنه بقدر إلتزامها به، يمكن لنا أن نلمس مـدى تبعيتهـا أو إستقلاليتها عن الدولة. وفي الحقيقة، للإجابة عن هذا السؤال فإنه يجدر بنا أن نعالج قبـل كل شيء علاقة المخطط بالقانون، ذلك أنه إذا إعتبرنا أن المخطط الوطني هـو مجـرد مخطط توجيهي فإننا ننتهي إلى القول بأن المخطط الوطني لا يمكـن أن يكـون لـه أي محتوى قانوني ملزم. والدليل على ذلك، أن بعضا من الفقهاء من لا يرون في المخطط إلا عملا سياسيا غريبا عن عالم القانون (60) وفي المقابل، فإن البعض الآخر وعلى رأسـهم الأستاذ De Laubadère يعرفون المخطط على أنه صنف من أصناف الأعمال التشريعية في معناها المادي ذات البعد العام (61).

---

(58) مادة 7-6 من القانون الأساسي لشركة "سوناطراك".

(59) أكثر من 50 % من مداخيل البترول هي موجهة إلى الإستهلاك المحلي سواء في شكل واردات من المواد الغذائية أو من المواد المصنعة أو النصف المصنعة والتي تتطلبها السوق الداخلية وهي ما دفع الدولة إلى تشجيع الشـراكة مـع الأجانب للتقليص من النفقات والحجم المرتفع من الواردات التي أثقل كاهل الخزينة العامة.

(60) Quermonne. JL, « Les effets de la planification au niveau de l'appareil politique et de l'ordonnancement juridique » , in Cahier de la F.N.S.P, n° 140. A. Colin, Paris, 1965, p. 100, voir également Farjat. G, Droit économique, P.U.F 2ème éd, Paris, 1982, p. 11 et s.

(61) De Laubadère. A, Traité de droit administratif, vol IV, 3ème éd, Paris, L.G.D.J, 1977, pp. 94-95.

ولكن ماذا عن تأثير الجانب المتعلق بقانونية هذا المخطط فيما يخص إلتزام المؤسسة العمومية به للتدليل على تبعيتها للدولة؟ للتأكد من هذه النقطة بالذات، يجب أن نرجع إلى القوانين الأساسية لبعض المؤسسات العمومية مثل شركة "سونطراك" أو "الشركة الوطنية للسكك الحديدية" للتأكد من مدى إلتزام هاته الشركة أو تلك بالمخطط الوطني. فمثلا، طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية للسكك الحديدية يخضع نشاط هذه الشركة إلى المخطط الوطني (62). ولكن إذا كان الوضع كذلك، فهل هذا يعني أن المخطط يعد بمثابة قانون أو على الأقل حسب تعبير الفقهاء هو قانون من نوع خاص، حتى تلتزم به الشركة الوطنية بصفة لا تدعو إلى الشك، وبذلك تتأكد لنا فكرة تبعيتها للدولة؟ يجمع الفقهاء على أن المخطط يبقى يشكل مرجعية ملزمة لا تخلو من أي بعد قانوني. وعليه، فالمؤسسات العمومية تعتبر إلى حد بعيد ملزمة بتنفيذه.

ثم خارج موضوع قانونية المخطط الوطني يمكن لنا أن نقيس درجة تبعية المؤسسة العمومية للدولة من خلال الدور الذي يلعبه المخطط نفسه. فيكفي أن نذكر بأن للمخطط دور تنسيقي بين مشاريع المؤسسة العمومية والخيارات الإقتصادية الكبرى للدولة. وبعبارة أخرى، فإن دور المخطط الوطني يكمن في السهر على أن يكون هنالك تجانس بين المخطط الخاص بالمؤسسة والأهداف العامة التي ترسمها الدولة.

بقي أن نشير إلى أنه منذ سنة 1988 ومع صدور قانون 125 جانفي سنة 1988 (63) إنتقلت الجزائر من المخطط الإستراتيجي الصارم إلى وضع مخطط في شكل توجهات وأهداف عامة قابلة للتنفيذ على الأمد القصير. وهكذا، فعوضا عن الأهداف الطموحة والدقيقة حل محلها التوجه التسيري القائم على النجاعة.

---

(62) راجع المادة 3 من المرسوم التنفيذي، رقم 90-391 المؤرخ في 1 ديسمبر 1991، الجريدة الرسمية عدد 54، سنة 1990، ص. 1711.

(63) راجع قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي سنة 1988 والمتضمن توجيه المؤسسات العمومية الإقتصادية، ج ر عدد 01، 13 يناير 1988، ص. 10.

ونحن نعتقد، أن هذا التوجه الجديد للسلطات العمومية هو القريب من الفلسفة الليبرالية التي تعتبر التدخل العمومي هو مجرد آلية للتنظيم الظرفي Conjoncturelle للإقتصاد. ولأنه مخطط قصير المدى، فهو سهل التكيف مع العوامل الجديدة والطارئة مثل تقلبات السوق البترولية. وبالرغم من كونه يتصف بالمرونة، فهذا لا يمنع المؤسسة العمومية من أن تحدد أهدافها بصرامة متوخية في ذلك المخطط الوطني القصير المدى وهو ما يعني إلتزامها به وبالتالي تبعيتها للدولة. ولكن ماذا عن الطرف الآخر ألا وهو المستثمر الأجنبي؟

إن أغلب إتفاقيات الإستثمار الثنائية الموقعة بين الجزائر ودول أخرى تعتمد لدى تحديدها لرعية الدولة الأخرى كشخص معنوي على معيار التأسيس. كونه مؤسس طبقا للقانون الوطني لأحد الطرفين (64) أو على أساس المقر الإجتماعي (65) أو أيضا على أساس التسيير أو الرقابة المباشرة أو الغير مباشرة الممارسة من طرف رعايا أحد الطرفين المتعاقدين عليه (66).

وتعرف إتفاقيات أخرى المستثمر الأجنبي كشخص معنوي بالنظر إلى الطبيعة القانونية له. كشركة من القطاع العام أو من القطاع الخاص أو إستنادا إلى الشكل القانوني الذي يجب أن تأخذه هذه الشركة (67). كما تحدد بعض الإتفاقيات الأخرى المستثمر الأجنبي على أنه كل شخص معنوي يقوم بإستثمارات على تراب الطرف الأخر (68).

---

(64) المادة 1-3 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بها. المرجع السابق، ص. 5 وكذلك المادة 1-ب من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية، المرجع السابق، ص. 1775.

(65) راجع نص المادتين 1-3 و1-ب، نفس المرجع وكذلك المادة 1-4 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، المرجع السابق، ص. 1781.

(66) أنظر المادة 1-3 من الإتفاقية الجزائرية، المرجع السابق وأيضا المادة 1-3 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، المرجع السابق، ص. 06 إلى جانب المادة 1-3 من الإتفاقية الجزائرية القطرية، المرجع السابق، ص. 05.

(67) راجع المادة 1-ب من الإتفاقية الجزائية السورية، المرجع السابق، ص. 04 وكذلك المادة 1-2-ب من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية، الجريدة الرسمية، عدد 23 المؤرخة في 26 أفريل 1995، ص. 06 وأيضا المادة 1-3 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، المرجع السابق.

(68) أنظر المادة 1-4 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، نفس المرجع وكذلك المادة 1-2 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المرجع السابق، ص. 05.

الملاحظ في هذه الإتفاقيات، هو أن جلها تركز في تعريفها للمستثمر الأجنبي على المقر الإجتماعي الذي يجب أن يكون على إقليم أحد الطرفين وعلى قانون التأسيس الـذي هو مرتبط بالقانون الوطني لأحد الطرفين بالإضافة طبعا إلى الشكل القانوني الذي يجـب أن تأخذه الشركة طبقا لإرادة الطرفين والقوانين المعمول بها في البلد المضيف للإستثمار. إن الشيء المؤكد، هو تعدد العناصر وتنوعها فـي تعريـف المسـتثمر. إلا أن القاسـم المشترك لكل هذه التعريفات، هو إستنادها في النهاية إلى القوانين المعمول بها على إقليم كل طرف. إلا أن الإتفاق على تعريف واحد مثل مصطلح "مقر إجتماعي" مثلا قد يكـون صعب التحقيق، إذا كانت الإتفاقيات كلها تحيل إلى قوانين أحد الطرفين (69). لقد إنصـب إهتمامنا في تحديد ما هو المستثمر الأجنبي على الشخص الإعتبـاري دون الأشـخاص الطبعيين. وهذا لسببين: السبب الأول، وهو أن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة عادة ما يكون شركة أي شخصا إعتباريا. أما السبب الثاني، وهو أن جل المستثمرين إن لم نقـل كلهم، هم بمثابة شركات عملاقة تشـتغل فـي قطـاع المحروقـات او الصـناعات ذات المردودية العالية مثل قطاع الصناعة الصيدلانية. إن قطاع المحروقات مثلا، يشكل لوحده 90 % من الشركاء الأجانب الذين لا يأتون بصفتهم الشخصية كأشخاص طبيعين وإنمـا كممثلين لمؤسسات معروفة عالميا كشركة "أمكو" Amco العاملة في مجال التنقيـب عـن البترول وشركة " بريتش بتروليوم" BP وغيرها من الشركات الأجنبية التي هي ليست إلا أشخاصا إعتبارية. ومن جهة أخرى، فإن قطاعا إستراتيجيا مثل قطـاع المحروقـات لا يمكن لأي شخص طبيعي أن يستثمر لوحده فيه نظرا لما يتطلبه مـن أمـوال وخبـرات تكنولوجية عالية.

ولكل هذه الإعتبارات، فإن المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة الجزائرية هو في غالب الأحيان شخص إعتباري. وقد يكون هذا الشخص شخصا إعتباريا أجنبيا خاصا أو تابعا لرقابة الدولة الذي يتبعها، حتى وإن كان هذا الشخص الإعتباري ذا هدف تجاري.

---

(69) Issad M, « Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements », in R.A.S.J.E.P, Alger, 1991, pp. 715-717.

والأمثلة كثيرة في الحقيقة، بالنسبة لهذا النوع من الأشخاص الإعتبارية الأجنبيـة مثل شركة "بريتش بتروليوم" BP التي تملك الحكومة البريطانية جـزءا مـن رأسـمالها، وكذلك الشركة الإيطالية أجيب AGIP والتي تمتلك الحكومة الإيطالية أيضـا جـزءا مـن رأسمالها إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وأيضا الشركة الفرنسية إيراب ERAP.

وقد سبق أن أبرمت شركة "سونطراك" العديد من عقود الشراكة مع هذه الشركة أو تلك في إطار البحث والإستكشاف في مجال البترول، أو في إطار الإسـتغلال المشـترك للحقوق البترولية. وبالرغم من ذلك كله، يثير موضوع تحديد الشخص الإعتباري المتعاقد مع الدولة العديد من التساؤلات. خاصة وأن المعايير المعتمدة في تحديد الصفة الأجنبيـة للمستثمر بإعتباره شخصا معنويا هي عديدة ومتنوعة. فالإتفاقيات التي إطلعنا عليها تنظم موضوع تحديد الشريك الأجنبي بالنظر إلى القوانين الوطنية لكل طرف. وعليـه، فهـذا الأخير هو حر في أن يحدد من هو المستثمر الأجنبي بالإعتماد على أي معيار يختاره هو في إطار السيادة التي يمارسها على إقليمه. إلا أنه بالنسبة للقوانين الوطنية عموما وفـي المعاهدات وكذا الشأن بالنسبة للقانون الجزائري، فالجنسية تعد أحد العوامل المكرسة من قبل أغلب التشريعات الوطنية في تحديد ماذا نقصد بالمستثمر الأجنبي. وبعبارة أخـرى، فالمسألة تتعلق بمعرفة ما إذا كانت توجد بين الدولة والشركة الأجنبية رابطـة خضـوع مماثلة لتلك الرابطة العائدة للأشخاص الطبيعيين حتى يمكن إثبات أن ذلك الشخص هـو تابع لدولة معينة. وللإجابة عن هذه المسألة، لا بد من الإستعانة بالقانون الـذي أسسـت الشركة تحت ولايته، حتى وإن سلمنا سلفا أن قوانين الأطراف في معاهـدات الإسـتثمار المتبادلة ليست دائما متشابهة لأنها لا تتبع ذات السيادة. إلا أنه عموما، لا يختلـف أحـد اليوم في أنه إذا كان بالنسبة للأشخاص الطبيعين معايير الجنسية هي مستخلصة من واقعة وحيدة هي رابطة الأرض ورابطة الدم، فإنه بالنسبة للشركة الأجنبية وكشخص معنـوي، فإنه بصعب تطبيق مثل هذه الواقعة عليها. ونظرا لتعدد المعايير المستعملة كبـدائل عـن الواقعة السالفة الذكر، فتبدو هي أيضا متعددة ووهمية واحتيالية. وإنطلاقا من الصـعوبة في مدى الأخذ بكل هذه البدائل، فإن المزج بين مفهومي الجنسية والموطن هـو الأكثـر إستعمالا وإنتشارا اليوم. والدليل على ذلك، أن القانون المدني والقانون التجاري قد وظفـا

النصوص المتعلقة "بموطن" الشركات الذي لا يخرج عن كونه تعبير غير مباشـر عـن جنسية الشركة.

ومن جهة نظر بعض الفقهاء، فإنه يجب التمييز هنا بين نوعين من الجنسية جنسية القانون الخاص التي تعطي تبعية قانونية للبلد المضيف للإستثمار وجنسية القانون العـام التي تنطوي على تبعية سياسية وما ينجر عنها من مسائل تتعلـق بالمسـؤولية الدوليـة والحماية الدبلوماسية (70).

وبالنتيجة فالملاحظ إذن، هو أن هذه الشركة تخضـع لتبعيـة قانونيـة جزائريـة بإعتبارها شركة تجارية من شركات القانون الجزائري وتخضع كـذلك لتبعيـة أجنبيـة بإعتبارها تمثل فرعا لشركة أم أجنبية. ولكن بما أن جنسية الشركة الأجنبية تتحدد بموجب القانون، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هي المعايير المعتمدة من طرف القانون والتي بمقتضاها يمكن تحديد جنسية الشركة الأجنبية. إن المعايير في الحقيقة متعددة والمشـكل في نظر العديد من الفقهاء هو كون الشركة الأجنبية تمثل في نفس الوقت عقدا وشخصية معنوية. فإذا أخذنا بعين الإعتبار معيار الصفة التعاقدية للشركة، فهذا يقودنا إلـى مـنح الشركاء حرية كبيرة في تحديد جنسية الشركة. أما إذا قلنا أن الشركة هي قبل كل شـيء شخصية معنوية فهذا يترتب عنه إشتراط مقر إجتماعي حقيقي. ومهما يكن من أمر، فإن كلا من المعيارين، المعيار المرتكز على العقد، والمعيار المرتكز على الشخصية المعنوية يلتقيان في معيار واحد وهو كونهما يشكلان معيارين موضوعيين، بمعنى أنهما يرتكـزان على مفهوم الشركة. وعلى النقيض من ذلك نجد معايير أخرى وهي معايير ذاتيـة تقـوم على شخصية الشركاء والمديرين والتي تعتمد على معيار المراقبة (71) .

---

(70) للتأكيد على هذه الفكرة، فإنه تجدرنا أن نذكر فقط بالأمر المؤرخ في 12 أكتوبر 1971 الصـادر فـي المجـال البترولي والذي بموجبه تلتزم أي شركة أجنبية تريد ممارسة نشاط في الجزائر أن تؤسس شركة تجارية مـن شـركات القانون الجزائري يكون مقرها في الجزائر وأن تكون "سوناطراك" شريكا لها.

(71) Sur l'ensemble de la question, voir. Issad. M, Droit international privé. Les règles matérielles, OPU, Alger, 1983, p. 246.

وبالرغم من كل هذه المعايير، فإن المرجع في القانون الجزائـري قصـد تحديـد جنسية الشركة الأجنبية حتى وإن كان المشرع لم يـنص صـراحة عليـه هـو المقـر الإجتماعي. تنص المادة 547 من القانون التجاري مثلا على أن "موطن الشركة يكون في مقرها الإجتماعي" كما تؤكد المادة 50 من القانون المدني على أن هذا المقر "هو المكـان الذي توجد فيه إدارة الشركة". وتضيف نفس المادة أنه بالنسبة للشركات "التي يوجد مقرها الإجتماعي في الخارج والتي تمارس نشاطات في الجزائر يعتبر مقرهـا موجـودا فـي الجزائر بالنسبة للقانون الداخلي" ويظهر لنا جليا أن المادة 50 لها علاقة بالمادة 547 من القانون التجاري التي تنص على أن الشركات "التي تمارس نشاطا في الجزائـر تخضـع للقانون الجزائري" وهذا الحل يشكل بمثابة تطبيقا لقاعدة دولية عامة والتـي مفادهـا أن ممارسة أي نشاط ضمن إقليم يخضع للقانون الإقليمي. ونفس المعيار أي معيـار المقـر الإجتماعي وجدناه في العديد من إتفاقيات الإستثمار الثنائية التي تعرضنا إليها. كما جرى إعتماده أيضا من طرف العديد من الإتفاقيات القنصلية والقضائية التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى (72).

ويستنتج مما سبق ذكره، أنه يوجد فعلا تلازم بين تأسيس الشركة الأجنبيـة فـي الجزائر وبين مقرها الإجتماعي الذي يقتضي أن يكون على إقليمه. والنتيجة التي تترتـب عن ذلك هو فرض الجنسية الجزائرية على هذه الشركة.

ولكن لا يكفي أن يكون مقر الشركة الإجتماعي في الجزائر، لا بد أن يتمتع هـذا الأخير بصفتين، أن يكون حقيقيا وجديا أي ألا يكون وهميا. معنى ذلك، أن تتجمـع فيـه أجهزة إدارة الشركة ومركز أعمالها حيث يمـارس مجلـس الإدارة نشـاطاته ويراقـب نشاطات الشركة. وإذا قلنا أن يكون المقر الإجتماعي للشركة جديا، معناه أيضا ألا يكون ظاهريا يهدف إلى إخفاء واقع مخالف. بمعنى آخر، أن تكون هنالك إرتباطات ومصـالح جدية تربط الشركة بالمكان الذي حددت فيه مقرها الإجتماعي.

---

(72) Issad M, op cit, p. 322.

لكن بعض الفقهاء في عرضهم للأسس المعتمدة في تحديـد جنسـية الأشـخاص المعنوية الأجنبية يرون أن الإعتداد بمركز إدارة الشركة هو المعيار الـذي تتجـه إليـه النزعة الحديثة. وهو الوحيد في نظرهم الذي "يكفل قيام الجنسية علـى أسـاس رابطـة إقتصادية وثيقة بين الشخص الإعتباري والدولة" (73) ولكن الرابطة الحقيقية قـد تكـون ممثلة في مركز النشاط الفعلي للشركة أو في مركزها الرئيسي أو فـي مركـز إدارتهـا حسبما يقتضيه واقع التعامل، وقد تكون هذه المعايير مجتمعة دون الإعتداد مسبقا بمعيـار حصري محدد (74). ولكن قد يطرأ تغيير في جنسية الشركة، مما يعني فك الرابطة التـي كانت تربطها بالدولة المضيفة. وهذا التغيير، إما أن يكـون عـن طريـق نقـل المقـر الإجتماعي للشركة من بلد إلى آخر أو عند إندماج الشركة بشركة أخرى. وحسب بعـض الفقهاء، فإن ذلك غير جائز بإعتبار أنه يصبح بإمكان أي شركة أجنبية وغالبـا الشـركة المساهمة أن تتخذ مقرا إجتماعيا لها في الجزائر، وبما أن تمضي بضعة أشهر حتى تنقل مقرها الإجتماعي إلى الخارج. وهو ما يعطل الغاية من المادة 524 تجاري وهي حمايـة أقلية المساهمين الذين يصعب عليهم مراقبة إدارة الشركة إذا ما تغيرت جنسية الشركة.

وفي نظر بعض الفقهاء الآخرين، فإن تغيير الجنسية لا يمكن إلا بعد تقرير حـل الشركة وإعادة تأسيسها في الخارج أي فك الرابطة نهائيا مع الدولة. (75) وإذا كان مبدئيا وأعمالا لأحكام المادة 50 التي تتطلب لبعث نشاط في الجزائر أن يكون للشـركة مقـر إجتماعي بها وبالتالي خضوعها للقانون الجزائري وإضفاء الجنسية الجزائرية عليها، فهل هذا يعني أنها لا يجوز لها نقل مقرها الإجتماعي إلى الخارج نظرا لما في ذلك من تأثير على جنسيتها التي تعتبر الرابطة القانونية التي تربطها بالدولة؟ فإن كان كذلك، فنعتقد أن هذه النظرة لا تتماشى والقواعد العامة التي تحكم مادة الجنسية وهـي حـق الأشـخاص طبيعيين أو معنويين في تغيير جنسيتهم، كما أنه قد تكون هناك أسباب جدية تفرض القبول

---

(73) أنظر عكاشة محمد عبد العال: الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعيـة، بيـروت، 1987، ص. 21.

(74) Cour Appel, Paris, 1974, Clunet 1976, p. 106. Rev-Crit DIP, 1978, p. 139. Voir aussi chambre civile 1981, p. 134. Rev-Crit DIP, 1981, p. 541.

(75) إدوارد عيد: الشركات التجارية – شركات المساهمة، مطبعة النجوى، بيروت سنة 1980، ص. 43.

بذلك التغيير كأن تصبح إرتباطات الشركة الجديدة والحقيقية مع بلد آخر. أما عن تغيير الجنسية عند الإندماج، ويقصد هنا بالإندماج شركة جزائرية بشركة أجنبية (76) أو على العكس إندماج شركة أجنبية بشركة جزائرية. ففي الحالة الأولى، ليس هنالك من تغيير لجنسية الشركة وإنما إنحلال للشركة ينتج عنه إنتفاء وجودها كشخص معنوي مما يفقدها آثار هذه الشخصية ومن ذلك جنسية الشركة. وفي الحالة الثانية، لا بد من تأسيس شركة جديدة تتكون من رأسمال الشركتين وموجود اتهما، مما يوجب الخضوع إلى معاملات التأسيس التي نص عليها أحكام المادة 547 وما يليها من القانون التجاري. من جهة أخرى، وإلى جانب القانونين السابقين، فإن قانون النقد والقرض يعرف هو الآخر المستثمر الأجنبي، ولكن هذه المرة ليس على أساس الجنسية وإنما على أساس الإقامة. وهكذا فالمادة 181 من نفس القانون تنص على أنهم يعتبرون غير مقيمين الأشخاص الطبيعيون والإعتباريون أين يقع المركز الرئيسي لنشاطهم الإقتصادي خارج الجزائر. أما بالنسبة للأشخاص المقيمين، فالمادة 182 تعرف هؤلاء على أنهم كذلك إذا كان مركز نشاطهم الإقتصادي يوجد في الجزائر. ثم صدرت فيما بعد لائحة عن مجلس النقد والقرض تعرف هي الأخرى الشخص المقيم على أنه "كل شخص جزائري أو أجنبي أين يقع المركز الرئيسي لمصالحه الإقتصادية في الجزائر منذ أكثر من عامين على الأقل. أما الشخص الغير مقيم فهو كل شخص جزائري أو أجنبي يملك مركزا رئيسيا لمصالحه الإقتصادية خارج الجزائر منذ عامين على الأقل في بلد تربطه بالجزائر علاقات دبلوماسية" (77).

ومن جهة أخرى، فإن نفس اللائحة تحدد المركز الرئيسي للنشاطات أو المصالح الإقتصادية للشخص الطبيعي وكذلك الشخص الإعتباري، إذا كانت أكثر من 60 % من ذمته ومداخله هي منجزة خارج الجزائر. يبقى أن نشير إلى أنه إذا لم تحقق هذه النسبة

---

(76) إدوارد عيد: المرجع السابق، ص. 48.

(77) Règlement CMC n° 90-03 du 8 septembre 1990 fixant les conditions de transfert de capitaux en Algérie pour financer des activités économiques et de rapatriement de ces capitaux et de leurs revenus, in J.O.R.A n° 45 du 24.10.1990.

خارج الجزائر أو هي أنجزت داخل الوطن، فإن الشخص الإعتباري يعد تبعا لذلك شخصا مقيما مهما تكن جنسيته.

ونعتقد أن المشرع بإعتماده هذا الحل في تصنيف الشخص الإعتباري الأجنبي على أنه مقيم أو غير مقيم، فهو يستهدف تفادي المشكلات التي تنجم عن توظيف الجنسية عند تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر، خاصة بالنسبة للشركات التي هي إلى جانب تمتيعها من طرف الدول المضيفة بالجنسية المحلية، فهي تعد في نفس الوقت شخصا إعتباريا أجنبيـا نظرا للرقابة الممارسة عليها من قبل المصالح الأجنبية. وإن كان المشرع يرفض حتـى مصطلح "رقابة" المكرس من طرف إتفاقية واشنطن لـ 18 مـارس 1965 والمتعلقـة بإنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات. ولكن هـل أن معيـار الإقامة المعتمد من طرف قانون النقد والقرض يبقى لصيقا بالمؤسسة الأجنبية الأم أم أنـه يمتد لفرعها في الجزائر قصد تحديد صفتها كأجنبية غير مقيمة؟ إن لائحة مجلـس النقـد والقرض يؤكد على أن الأشخاص المعنوية الغير مقيمة هي تلك التي تملك ذمـة ماليـة خاصة بها وتتمتع بالأهلية المدنية ولها حق التقاضي. وعلى هذا الأسـاس، فنعتقـد أننـا بعيدون كل البعد عن مفهوم المنشأة L'établissement المعمول بـه عـادة فـي بعـض التشريعات الوطنية وفي الإتفاقيـات الدوليـة (78). ولكـن إذا كـان مصـطلح منشـأة établissement يعني أي شكل من أشكال المنشأة حتى وإن كانت هذه الأخيرة هـي غيـر مجسدة من خلال شخص قانوني، فإن القانون الجزائري يعتبر الشركة الغير مقيمة هـي الشركة التي يوجد مركزها الرئيسي في الخارج والتي تملك فرعا لها في الجزائر. وعليه، فبالنسبة لرقم الأعمال الذي يجب أن يأخذ به كمعيار لتحديد مركز النشـاط الإقتصـادي للشركة فهو رقم أعمال الشركة الأم وليس رقم أعمال الشـركة الفرعيـة. ذاك أن هـذه الأخيرة، لا تعد في هذه الحالة إلا مجرد إمتدادا للشركة الأم بحكم كونها لا تتمتع

---

(78) تجدر الإشارة إلى أن الأخذ بمعيار الإقامة عوض معيار الجنسية يستهدف أيضا تشـجيع الـوطنين المتواجـدين بالخارج على نقل رؤوس أموالهم إلى الوطن وهذا الإتجاه يتطابق مع نص وروح المادة 13 من إتفاقية سيول المؤرخة في 11 أكتوبر 1985 والمنشئة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار والتي توسع الضمان لرؤوس الأموال الوطنية بشـرط كما – تقول المادة – أن تكون هذه الأموال منقولة من دولة عضو غير الدولة المضيفة.

بالشخصية القانونية. وبناء على ما تقدم، فالشركة الأم بالرغم من كونها ممثلة من خـلال فرع تابع لها في الجزائر، فهي تعتبر من هذه الزاوية شخصا إعتباريا غير مقيم إذن أجنبيا من حيث الإقامة، ويمكن لها أن تستفيد من كل المزايا والحوافز والضمانات التـي يمنحها قانون النقد والقرض إلى جانب الحوافز والتشجيعات الموجودة في صلب أحكـام قانون تطوير الإستثمار الجديد.

ولكن ما هو موقف القضاء التحكيمي في حالة تطبيق الإتفاقية المتعددة الأطـراف ونعني بذلك إتفاقية واشنطن لسنة 1956 بالنسبة للمركز القـانوني للمسـتثمر الأجنبـي كشخص معنوي تربطه بالدولة المضيفة علاقات إستثمار، وهو في نفس الوقت شـخص تابع لدولة أخرى؟ خاصة وأن جل الإتفاقيات الثنائية تشير إلى إمكانية تطبيق هذه الإتفاقية من أجل حل المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة الجزائرية ورعية تابعة لدولة أخرى.

إن المادة 25-2-ب من هذه الإتفاقية – وسوف ينصب إهتمامنا هنا فقـط علـى الشخص الإعتباري – "يعرف الشخص الإعتباري على أنه "كل شخص إعتبـاري يتمتـع بجنسية دولة متعاقدة أخرى غير الدولة الطرف في المنازعة، في تاريخ إتفاق الأطـراف على خضوع هذه المنازعة للتحكيم، وأيضا أي شخص إعتباري يتمتع بجنسـية الدولـة الطرف في المنازعة في هذا التاريخ، والذي بالنظر للرقابة الأجنبية عليه، إتفقت الأطراف على ضرورة معاملته على أنه بمثابة شخص يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة بغـرض إعمال نصوص هذه المعاهدة". إن الصفة الأجنبية للمستثمر كشخص إعتباري هو محـدد بالنظر إلى جنسيته، وإلى الرقابة الممارسة عليه من طرف مصـالح أجنبيـة. بالنسـبة للجنسية، فإن المعاهدة لا تتضمن تعريفا محددا للجنسية، وبالتالي، فإن كل دولة متعاقـدة تتمتع بمطلق الحرية في تحديد ما إذا كانت شركة ما تتمتع بجنسيتها من عدمه. والأصـل العام، أن الدول تقوم بمنح جنسيتها للأشخاص الإعتبارية، إما إستنادا إلى معيار مـوطن الشخص الإعتباري وإما إستنادا إلى معيار إندماج الشخص الإعتباري. ولكـن المشـكلة تتعلق بشكل التعبير عن معاملة الأشخاص الإعتبارية الحاملة لجنسية الدولة المضيفة على أنها شركات أجنبية وشكل الإتفاق الذي يتعين أن يتجسد فيه هذا التعبير.

من حيث الشكل الذي يجب أن يكون عليه هذا الإتفاق، فإن المحاكم التحكيمية قد فسرت هذا الشرط بشكل تحرري. وهكذا، فإستثناء عن القاعدة التي تقول بأن هذا الإتفاق يجب أن يكون صريحا، يعتبر المحكمون أن الإتفاق على معاملة الشخص الإعتباري على أنه أجنبي يمكن أن يكون ضمنيا.

ففي قضية Holiday Inns ضد حكومة المملكة المغربية وبعدما أن أوضحت المحكمة أن الإتفاق على إعتبار الأشخاص الخاضعين للسيطرة الأجنبية أشخاصا تابعين لدولة أخرى متعاقدة يجب أن يكون صريحا، أكدت من جهة أخرى، على أنه فيما يتعلق بهذا الإتفاق، وكقاعدة عامة فيجب أن يكون صريحا. ذلك أن الإتفاق الضمني الذي يعد إستثناء عن القاعدة لا يمكن أن يعتد به إلا إذا توافرت ظروف محددة تستبعد أي تفسير آخر لنية الأطراف وهو لم يكن متحقق في واقعة الحال (79). وهذا الموقف قد وجد صدى له عند بعض الفقهاء أمثال الفقيه P. Lalive الذي يعتبر أن هذا القرار هو "Correct and udeed wise" ونفس الإتجاه قد كرس في مناسبات عديدة أخرى. (80)

ففي قضية Amco Asia ضد الحكومة الأندنوسية أشارت الحكومة إلى أنه بالرغم من تمتع شركة PT Amco بالجنسية الأندنوسية لحظة تأسيسها، إلا أنها أيضا كانت تخضع للرقابة الأجنبية. ثم أن معرفة الحكومة الأندونسية بذلك الأمر وموافقتها على شرط التحكيم الذي يتضمن طلب الإقامة يفيد بكل وضوح رضائها بمعاملة PT Amco على إعتبار أنها شخص إعتباري تابع لدولة أخرى متعاقدة رضاء صريحا. وهو يتماشى مع نصوص إتفاقية واشنطن. ذلك أن هذه الأخيرة - كما قالت - لم تتطلب أي شرط شكلي لهذا الرضاء. وبالتالي، فإنه لا حاجة للتمسك به بالنسبة للأطراف في واقعة الحال (81).

وفي قضية شبيهة بالقضية السالفة الذكر، ويتعلق هنا بقضية Klockner ضد حكومة الكامرون، فقد أشارت المحكمة إلى أنه حتى وإن كانت شركة Sacome تعد شركة تتمتع

---

(79) Gaillard. E, « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », in Recueil des sentences arbitrales. Revue de droit International, 1989, p. 168.
(80) Lalive, p. op cit, p. 141.
(81) أنظر في تفاصيل هذا النزاع والحكم الصادر بشأنه مجلة Clunet 1976، ص. 200 وما بعدها وتعليق الأستاذ Gaillard. E.

بالجنسية الكامرونية، إلا أنها مع ذلك فهي تخضع لسيطرة المصالح المالية الأجنبية علـى نحو واضح وهو ما يظهر من نص المادة 3 من بروتوكول الإتفـاق الموقـع فـي 4 ديسمبر 1971 والتي تقضي بأنه يجب أن تساهم شركة Klockner والشركات الأوروبيـة المشاركة معها بنسبة 51 % من رأس مال شركة Sacome (82)، مضيفة أن إتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الإستثمار لم تحدد الوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عن إتفاق الأطراف ورضائهم بشأن تحقق الشروط التي بناء عليها يتم إعمال الإستثناء المنصوص عليه في المادة 25-2-ب. إلا أنه من الناحية العملية وهو ما يذهب إليه الفقه، فإن مثل هذا الرضاء يستشف من خلال الإعتراف الضـمني بالسـيطرة الأجنبية الناجمة عن المادة 02 من بروتوكول الإتفاق. بالإضافة إلـى أن إدراج شـرط التحكيم وفقا لشروط المركز صلب إتفاق التأسيس يفترض فـي حـد ذاتـه أن رضـاء الأطراف قد تحقق وإتفاقهم قد إنعقد على النظر إلى شركة Socome علـى أنهـا شـركة خاضعة للرقابة والسيطرة الأجنبية، على نحو يبيح خضوعها للتحكيم وفقا لقواعد المركز. ومثل ذلك القبول يستبعد كلية أي تفسر مخالف لإرادة الطرفين (83).

والملاحظ، أن نفس الإتجاه قد وجدناه أيضا مكرسا في قضية شـركة Letec ضـد حكومة ليبيريا. فبعد التذكير بمحتوى المادة 25 من إتفاقية واشنطن، لفتت محكمة التحكيم النظر إلى أن شركة Letec قد ظهرت بمثابة شخص إعتبـاري يتمتـع بجنسـية الدولـة المتعاقدة الطرف في المنازعة وهي دولة ليبيريا وذلك في لحظة إتفاق الأطـراف علـى الخضوع لتحكيم المركز. ولذا، فإنه من الضروري وبسبب وجود الرقابة الأجنبية علـى Letec بحث ما إذا كانت الأطراف قد وافقت على معاملة شركة Letec بوصـفها شخصـا إعتباريا يتبع دولة أخرى متعاقدة غير الدولة الطرف في المعاهدة، وهي دولة فرنسا فـي واقعة الحال بهدف إعمال قواعد المعاهدة. ولقد إعتبرت المحكمة تبعا لذاك، أنه بمجـرد إدراج كل من حكومة ليبيريا و Letec لشرط التحكيم وفقا لقواعد المركز في إتفاق الإمتياز يعد بمثابة موافقة على معاملة Letec على أنها شخص إعتباري تابع لدولة أخرى متعاقدة.

---

(82) أنظر مجلة Clunet المشار إليها سابقا 1984، ص. 416.

(83) Voir Revue Clunet, 1984, p. 316.

ولاسيما وأن القول بعكس ذلك، يعني أن ليبيريا لم تكن لديها النية المطلقة لإعمال هذا الجزء من عقد الإمتياز وأن قبولها لشرط التحكيم المذكور تم بسوء نيـة وبالمخالفـة لروح ومقصد الإتفاقية المنشئة للمركز (84).

وكما رأينا، فإنه إلى جانب معيار الجنسية توظف إتفاقية واشنطن في مادتهـا 25 مصطلح الرقابة لتكيف المستثمر على أنه أجنبي. وتعني الرقابة في هذه المـادة علاقـة الخضوع الموجودة بين الشركة من القانون المحلي Société de droit local والدولة المتعاقدة الأخرى غير الدولة المضيفة للإستثمار. ويعرف فقه القضاء الدولي الرقابة على أنها تعد بمثابة "التأثير الكبير على التوجهات العامة للأعمال" (85).

وبالنسبة للفقه، يقول الأستاذ Paul De Visscher عن الرقابة بأنها "تبدو لأول وهلـة مغرية نظرا لكونها مستمدة من فكرة كون القاعدة القانونية يجب أن تترجم ما أمكن الواقع الإقتصادي والإجتماعي التي تعبر عنه. ولكنها بالرغم من كونها تبـدو كـذلك إلا أنهـا تتناقض وفكرة الإستقرار والوضوح التي تتميز بها القاعدة القانونية" (86) .

ولهذا السبب، فإن فقه قضاء سيردي CIRDI يعتبر هو أيضا أن فكرة الرقابة تبقـى ولا تزال محل سؤال. ذلك أن الإلتجاء إلى معيار الرقابة لتبرير تدخل المركز في نـزاع قائم بين دولة وشركة أجنبية تابعة لدولة أخرى قد أثار نوعين من المشاكل ذات العلاقـة بالرقابة أمام المحكمين. النوع الأول، ويتعلق بمصدر الرقابة. أما النوع الثـاني، فيتعلـق بالتاريخ الذي يجب إعتماده للقول بوجود رقابة ممارسة على الشركة الأجنبية.

بالنسبة لمصدر الرقابة، يجب الإشارة هنا إلى أن الإجابات المقدمة مـن طـرف المحكمين لم تكن متجانسة. فالمحكمة التحكيمية التي فصلت في قضية Amco-Asie مـثلا، فقد لاحظت من جانبها أن "مصطلح الجنسية هو مصطلح كلاسيكي وقد ورد عليه إستثناء يتعلق بالأشخاص الإعتباريين الذين يتمتعون بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النـزاع عندما يكون هؤلاء الأشخاص تحت الرقابة الأجنبية".

(84) Voir Revue Clunet 1984, p. 615.
(85) GPPJI, affaire intérêts allemands en Haute Silèsie, 25 mai 1926, Série A, p. 68.
(86) De Visscher. P, « La protection diplomatique des personnes morales », R.C.A.D.I, 1961, p. 440.

ولكن لا يوجد أي إستثناء عن مصطلح الجنسية عندما يتعلق الأمر بالشخص الذي يمارس الرقابة (87) واعتبرت المحكمة أنه "يكفي فقط أن تكون الشركة الأم التي تراقب الشركة من القانون المحلي تابعة لدولة متعاقدة حتى يصبح المركز مختصا بالنظر في المنازعة. ولا يهم إن كانت المصالح الإقتصادية التي تراقبها الشركة الأم هي مصالح مملوكة لرعايا دولة غير متعاقدة أي ليست منضمة إلى إتفاقية "CIRDI" ».

إن الحل الذي توصل إليه المحكمون في هذه القضية يختلف تماما عن الحل المعتمد في قضية SOABI. في هذه القضية، تخضع SOABI وهي شركة من القانون المحلي إلى الرقابة البنامية بينما دولة "بناما" لم تكن عضوا في إتفاقية واشنطن. ولجلب الإختصاص إليها تطرقت المحكمة إلى تحديد مصدر المصالح التي تراقب الشركة البنامية. وبما أن هذه المصالح هي في النهاية مصالح تابعة لرعايا بلجكيين وبما أن بلجيكا هي عضوة في إتفاقية سيردي CIRDI فقد إعتبرت المحكمة أن إتفاقية واشنطن لا تستهدف فقط الرقابة المباشرة بل وأيضا الرقابة الغير المباشرة للمصالح الأجنبية.

أما عن التاريخ الذي يجب إعتماده للقول بأنه توجد رقابة أم لا. فعلى هذى شرط الجنسية وتاريخ إثبات وجودها أعتمد هذا التاريخ. إن المادة 25-2-ب تميز في خصوص هذا الجانب بين شخص طبيعي وشخص معنوي. فمثلا لقبول عريضة مقدمة لدى المركز من طرف شخص طبيعي، يجب التأكد من جنسيته ليس فقط وقت الرضاء بإختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات ولكن أيضا في تاريخ رفع طلبه إلى المركز. بينما بالنسبة للشخص الإعتباري لا يجري التأكد من جنسيته ومن شرط الرقابة الممارسة عليه إلا في تاريخ الرضاء بإختصاص المركز. ويكتب الأستاذ E. Gaillard عن أسباب هذا التمييز بقوله: "يوجد مبرر شبه حقيقي لهذا التمييز وهو تمييز تتطلبه فكرة الجنسية المستمرة للفرد وليس للشخص الإعتباري، ذلك أن الفرد يملك نوعا من الرقابة على جنسيته وأن تغييرا غير إرادي في جنسيته قد يؤدي إلى ضياع حقوقه في تحكيم المركز بينما شركة من القانون المحلي تابعة للدولة المضيفة والتي يكون قد منح

---

(87) Gaillard. E, JDI, 1986, p. 209.

لها صفة أجنبي تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 25 من الإتفاقية يمكن أن تحـرم خـارج إرادتها من أي مشاركة أجنبية عن طريق نزع الملكية وبهذه الطريقة إذا كان لا بد مـن وجود شرط الجنسية المستمرة فقد تفقد حقوقها في تحكيم المركز" (88).

أما في خصوص موقف فقه قضاء المركز من هذه المسألة، فإن محكمي المركـز يفضلون السكوت حتى وإن كانت هذه النقطة بالذات قد أثيرت في العديـد مـن المـرات وبطريقة غير مباشرة من قبل أطراف في النزاع (89).

وفي قضية حديثة العهد (90) فإن مسألة تاريخ تقدير الرقابة قد أثيرت من طـرف دولة غانا كدفع رئيسي في قضية جمعتها بشركة Vacum solt. فقـد أشـارت العريضـة الإفتتاحية المقدمة من الطرف الغاني إلى أن شركة Vacum solt قد أنشأت تطبيقا للقـانون الغاني للشركات وعن طريق إتفاق البراءة وأن الطرفين إتفقا على أن شركة Vacum solt كانت مراقبة من طرف شخص ذي جنسية يونانية. وعليه، فيجب معاملتهـا علـى أنهـا شركة أجنبية في معنى الإتفاقية (91). لا أن المدعى عليها في قضية الحـال رفضـت أن يكون للمركز إختصاص، بدعوى أن المدعية كانت غانية من الأساس ولم تكن تحـت أي رقابة أجنبية. وردت المحكمة عن هذه الطروحات بقولها أنه "ليس للأطراف الحرية فـي معاملة أي شركة كانت تابعة للدولة المضيفة على أنها شركة أجنبية ... إلا بسبب الرقابة الممارسة عليها من طرف مصالح أجنبية" وتضيف "إن الرضاء المعبر عنه فـي إتفـاق التحكيم والذي تترجمه الفقرة 36 (أ) من عقد البراءة لسـنة 1988 لا يكفـي لوحـده أن يؤسس لإختصاص المركز. يجب أيضا أن يتحقق شرط آخر ألا وهو شرط الرقابة فـي تاريخ الرضاء باللجوء إلى التحكيم".

ومن جهة أخرى، ولدى فحصها لتكوين رأس المال لحظة إبداء رضائها بـالتحكيم فإنها لاحظت "أن المساهم اليوناني لا يملك سوى 20 % من أسهم الشركة. وهذه الأسهم لا تسمح بالتكلم عن رقابة أجنبية" وبناء عليه، رفضت عريضة التحكيم.

---

(88) E. Gaillard, op cit, p. 225.
(89) Voir notamment les sentences Amco Asia, Klockner, Letec et Soabi.
(90) Société Vacum Solt C/ le Ghana, sentence du 16 février 1994, JDI, 1995, p. 160.
(91) JDI, 1995, p. 163.

وفي نظر الفقيه Gaillard "للوصول إلى تلك النتيجة كان على المحكمة أن تكتفي بالتصريح بأنه لا يوجد لرقابة أجنبية على الشركة، ولكنها إختارت أن تثير مسألة فرعية تتعلق بلحظة تقدير تحقق شرط الرقابة من عدمه". مضيفا "أن المحكمة لما لاحظت أن الرقابة الأجنبية لم يقع إثباتها في وقت إبداء الرضاء بالتحكيم كان عليها ألا تفصل في وجود رقابة أجنبية في تاريخ إيداع العريضة"(92) .

وخارج هذه الملحوظة، ألا يحق لنا أن نسأل ما إذا كان من الأفضل - من أجل التثبت من وجود الرقابة الأجنبية - الرجوع إلى تاريخ تقديم العريضة. وعليه وبالنتيجة، فنسأل أيضا إذا كان المركز يمكن له أن ينظر في نزاع قائم بين دولة وشركة لم تعد مراقبة من طرف مصالح أجنبية بين وقت الإتفاق على التحكيم ووقت نشوب النزاع. وهذه ليست مجرد فرضية، لأن مسألة إستمرار الجنسية تثير عمليا العديد من المشاكل. يمكن لنا مثلا أن نفترض أن دولة كانت مجبرة على أن تخضع إلى التحكيم التجاري الدولي تحت مظلة المركز الدولي لتسوية المنازعات في مواجهة شركة من القانون المحلي، مع العلم أن هذه الأخيرة يفترض أنها قامت بنقل أسهمها إلى وطنيين تابعين للدولة الطرف في النزاع في وقت يقع بين إبرام عقد الإستثمار الذي يحتوي على شرط تحكيمي طبقا للفقرة الثانية مادة 25-2-ب وبين تسجيل عريضة التحكيم.

يشير الفقيه Gaillard إلى أن ضياع الرقابة (93) la perte de contrôle على الشركة المحلية من طرف المستثمر الأجنبي لا يجب أن يؤدي لوحده وبصفة آلية إلى إسقاط شرط إختصاص المركز. يجب فقط، إفتراض الحالة التي تقرر فيها الدولة نزع ملكية المستثمر حتى ينفلت النزاع من إختصاص المركز.

ولكن، بعد تحديد ماذا يقصد بالنزاع، وما هي أطرافه، لم يبق لنا الآن إلا المرور إلى إجراءات التوفيق كإحدى الوسائل التي بفضلها يمكن إيجاد حل للنزاع.

---

(92) Gaillard, E, J.D.I, 1995, p. 175.
(93) Ibid

المبحث الثاني: الإجراء التوفيقي

إن إجراء أي توفيق بين خصمين، يفترض وجود إلتزام بالتوفيق يقع على الشخص المدعو لإيجاد حل توفيقي بينهما (المطلب الأول). ولكن ربحا للوقت وجب على الطرفين المتعاقدين أن يضبطا عملية التوفيق فيقيدانها بأجل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإلتزام بالتوفيق

في الحقيقة، قبل الحديث عن الإلتزام بالتوفيق كأحد الأساليب المتاحة للتسوية الملاحظ لدى قرائتنا لجل الإتفاقات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار التي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع حكومات دول أخرى، هي كونها تشير في عبارة واحدة كثيرا ما تتردد في أغلب البنود المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار وهي أن "كل نزاع بين أحد الطرفين ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر يسوى بقدر المستطاع بالتراضي بين الطرفين المعنيين" (94) وفي حالة فشله يلجأ إلى الأسلوب القضائي (95). إن كلمة "بالتراضي" هي كلمة جامعة وهي كلمة غير محددة في آن واحد. فهي جامعة لأنها توحي بأن أشكالا عديدة من الحلول السلمية هي مفتوحة أمام الطرفين أي أن لديهما أكثر من وسيلة ودية لحل النزاع الناشئ بينهما. وهي غير محددة، لأنها قد تعني في نفس الوقت كل أساليب التسوية الودية المعروفة بين التجار كالوساطة والتوفيق والمساعي الحميدة والمفاوضات. وإن كنا نعتقد، أنه من بين كل هذه الحلول الأرجح، هو توخى الطرفين التوفيق (96) حتى وإن كانت المفاوضات تعد هي أيضا من الأساليب المعمول بها في العديد من الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالإستثمار (97).

---

(94) أنظر البنود التي ذكرناها في خصوص تحديد معنى الإستثمار.

(95) يقصد بالأسلوب القضائي هنا القضاء الداخلي أو قضاء التحكيم التجاري بنوعه الحر أو المؤسساتي.

(96) G. Hermman, « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends », Rev-arb, Paris, 1985, p. 343 et s.

(97) المادة 12 من الإتفاقية الثنائية بين الإمارات وتونس لسنة 1974 والمادة 07 من الإتفاقية المبرمة بين الكويت والعراق والمؤرخة في سنة 1961 وكذلك المادة 06 من الإتفاقية المصرية المغربية لسنة 1976 وكذلك المادة 06 من الإتفاقية التونسية الليبية والمذكورة كلها من طرف الأستاذ فرحات حرشاني، المرجع السابق، ص. 363.

ولما كان ولا يزال التوفيق هو الأسلوب الأكثر إنتشارا في مثل هـذه المنازعـات فالسؤال الذي يطرح نفسه، ماذا تعني كلمة توفيق بالضبط؟ يجب التذكير هنا، بأن التوفيق كطريقة ودية لحل النزاعات قد عرفت تطورا تاريخيا وكانت تستعمل في أول العهد في العلاقات بين الدول من أجل إيجاد حل سياسي ولتفادي إستعمال القوة قبل اللجـوء إلـى القضاء الدولي (98).

أما عن معنى مصطلح "توفيق" في حد ذاته، فهو يحمل معنيين. الأول، وهو المعنى الواسع والثاني وهو المعنى الضيق. ففي المعنى الأول، نجد أن المقصود به هو تسـوية النزاع وديا عن طريق طرف ثالث يقوم بهذه التسوية بين طرفي النزاع محاولا تقريـب وجهات النظر بينهما. أما المعنى الضيق، فهو يقصد به إحالة النزاع إلى موفـق أو إلـى لجنة توفيق تقدم إقتراحاتها لتسوية النزاع بدون أن تكون هذه الإقتراحات ملزمة لأي من الطرفين إلا إذا وافقا عليها (99). وعادة ما يلجأ الفقهاء في تعريفهم للتوفيق إلى مقارنته بكل من الوساطة والتحكيم (100). إلى جانب ذلك، نلاحظ أن جل الإتفاقيات التي إطلعنا عليهـا تحتوي على عبارة هي أيضا كثيرا ما نجدها في صلب البنود المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار وهي "يسوى النزاع بقدر الإمكان بين الطـرفين المعنيـين" (101). والأسئلة التي تثيرها في الحقيقة مثل هذه العبارة عديدة، نحاول حصرها كالآتي: هـل أن "بين الطرفين" تفيد أن على الطرفين بصفتهما الطرفين المعنيـين بـالنزاع همـا اللـذان يتحملان عبئ الإلتزام بإيجاد حل ودي فيما بينهما أم أنهما لأجل ذلك عليهما أن يحتكمـا إلى طرف ثالث؟ وإن كان كذلك، فمن هو هذا الطرف الثالث؟ ثم سـؤال آخـر، يتعلـق بالملتزم بالتوفيق. هل أن إلتزامه يعد إلتزاما ببذل عناية أم إلتزاما بتحقيق غاية؟ وفي كلا الحالتين ما إنعكاسات ذلك على المسؤولية الملقاة على عاتق الملتزم بالتوفيق؟

---

(98) محمد طلعت الغنيمي، التسوية القضائية للخلافات الدولية، الطبعة الأولى، مطبعة البرلمان، مصر، 1953.

(99) Fouchard. Ph. Gaillard. E. Goldman B, Traité de l'arbitrage commercial international, éd. L.G.D.J, Paris, 1997, pp. 16-20.

(100) Oppetit. B « Arbitrage, médiation et conciliation », Rev.arb, 1984, Paris, p. 307 et s.

(101) للتأكد من ذلك، أنظر كل المواد التي سبق وأن تعرضنا إليها عند معالجتنا للتعريف النزاع.

في واقع الأمر، كل هذه الأسئلة وغيرها ليست لها إجابة مباشرة فـي الإتفاقيـات الثنائية التي إطلعنا عليها. ونعتقد أن السبب ربما يعود كما ذكرنا في السابق - إلى كـون الإتفاقية الثنائية ما هي إلا إتفاقية إطار. ومن هنا، كانت تكمن وظيفتها فقـط فـي رسـم المعالم الكبرى للحلول الممكنة وترك الجزئيات للعقود الإستثمارية. وعليه فنعتقد أنـه لا يمكن لنا أن نتعرف عن كيفية تنظيم الحل الودي بدقة إلا بالرجوع إلى هاته العقود.

ولكن الإتفاقيات الثنائية تؤكد على أن "كل نزاع يتعلق بالإستثمارات ... يسوى بقدر الإمكان بالتراضي بين الطرفين. "ولكن هل أن عبارة "بين الطرفين" الواردة في أكثر من بند تتعلق بتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار تعني أن على الطرفين، وعلى الطرفين فقط تسوية النزاع بإعتبار أن وحدهما المؤهلان لمثل هذه المهمة؟ وبعبارة أخرى، مـاذا تعني هذه الجملة وما هي أبعادها؟

هناك معنيان يمكن أن نسوقهما في هذا المجال، المعنى الأول، هو أن النزاع يجب أن يلقى حلا له بين الطرفين فقط ولا يمكن أن يأتي الحل خارج هذا الإطار. ويكون ذلك بمثابة الإعلان عن رغبتهما المشتركة في الوصول إلى تسـوية سـلمية للنـزاع طبقـا لإرادتهما الحرة والنزيهة (102). وللتأكيد على ذلك حصرت الإتفاقيات الإلتزام بإيجاد حـل ودي بين الطرفين المعنيين ألا وهما الطرف المتعاقد من جهة والمستثمر التـابع للدولـة الأخرى الطرف في المعاهدة من جهة أخرى والذي يربطهما عقد إستثمار. الملاحـظ، أن بعضا من الفقهاء من يميزون بين الطرف المعنى والطرف المهتم وهـذان المصـطلحان يستعملان كثيرا في النزاعات التي يحكمها القانون الدولي العام (103). بينما فـي القـانون الدولي الخاص وفيما يتعلق بالإتفاقيات الثنائية، فتشير كلها بدون إسـتثناء إلـى طـرفين معنيين بالنزاع لا أكثر. وهو النزاع الذي يجب أن يكون في حكم هذه الإتفاقيات ذا صـلة وطيدة بالإستثمار.

---

(102) د. نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل النزاعات الدولية في القانون الدولي العام، دار النهضة، القاهرة، 1983، ص. 52.

(103) Touret. D : « Le principe de l'égalité souveraine des Etats, Fondement du droit international », R.G.D.I , 1971, p. 180.

أما بالنسبة للأسلوب، فإنه من غير المستبعد أن يقوم الطرفان بأنفسهما بحل النزاع بشكل مباشر عن طريق المفاوضات (104). وهذا الحل، هو حل معمول به في العديد من الإتفاقيات الثنائية، أو عن طريق المشاورات المباشرة (105) أو أنهما سوف يحتكمان إلى طرف ثالث يكلفانه بإيجاد حل للنزاع ويقومان بإختياره بمحض إرادتهما ممن تتوفر فيه شروط الكفاءة والإستقلالية. أما إذا إختار الطرفان الرجوع إلى لائحة التوفيق التابعة لأحد المراكز المعروفة عالميا، كلائحة توفيق الغرفة الدولية للتجارة أو لائحة التوفيق التابعة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار أو لائحة توفيق إتفاقية الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "كندوسي"، فإن إحدى هذه اللوائح تصبح هي المنطبقة على النزاع.

وخلاصة القول بالنسبة لهذه النقطة بالذات، لا إجابة دقيقة ومباشرة عن الذي يلتزم بالتوفيق. أما في حالة الإحتكام إلى طرف ثالث، فإن هذا الأخير قد يأخذ شكل موفق وحيد إذا إتفق الطرفان على تعيينه. أما إذا لم يتفقا على تعيينه لأسباب عدة يلجأ حينئذ إلى لجنة من الموفقين تكون عادة متكونة من ثلاثة أعضاء، عضوان يقوم بتعيينهما كل من الطرفين والعضو الثالث يعين بصفة مشتركة من قبل العضوين المعنيين. أما إذا إختلفا في تعيينه، فيعين من طرف هيئة محايدة بطلب وبمبادرة من أحد الطرفين.

لا شيء في النهاية يفيد في الحقيقة من خلال تفحصنا للإتفاقيات أن الطرفين إختارا أو سوف يختاران هذا النوع أو ذاك ممن سيتحمل عبئ الإلتزام بالتوفيق طبقا لهذا النظام أو ذاك في إطار توفيق حر أو مؤسساتي. وإنما الشيء المؤكد هو أن الشخص الذي سوف يقع عليه عبئ الإلتزام بإيجاد التسوية عن طريق التوفيق لا بد عليه أن يعمل "بقدر الإمكان" على إيجاد هذا الحل.

إن عبارة "بقدر الإمكان" قد وردت هي الأخرى، في أكثر من بند يتعلق بتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات. وتعني هذه العبارة، أن الموفق يحاول بما أوتي من جهد وخبرة ومعرفة وبما أوتيح له من إمكانيات أن يجد حلا مناسبا ومقبولا من قبل الطرفين.

(104) المادة 9 فقرة 2 من اتفاقية الجزائرية البلجيكية اللوكسومبورغية، المرجع السابق، ص. 1788.
(105) المادة 7 من اتفاقية الجزائرية الرومانية، المرجع السابق، ص. 6.

يبقى أن عبارة "بقدر الإمكان" تثير سؤالا على قدر كبير من الأهمية. ويتعلق هـذا السؤال بمدى إلتزام الموفق بإيجاد حل ودي للنزاع. وبتعبير آخر، هل أن الموفق يلتـزم ببذل عناية أم بتحقيق غاية؟ (106).

للإجابة عن هذا السؤال، يجب علينا أن نذكر بأن مهمة الموفق هو البحث عن حل وسط يقرب بين وجهات نظر الطرفين ولكن بقدر المستطاع، مثلما تنص عليه العديد من بنود الإتفاقيات الثنائية للإستثمار (107). ومعنى ذلك، أن الموفق يلتزم بالقيام بمـا فـي وسعه وفي حدود الإمكانيات الممنوحة له وطبقا للقواعد المعمول بها عادة في مثل هـذه الظروف، قصد إيجاد حل يرتضيه طرفا النزاع ويلتزمان به.

وطبقا لهذا المنظور، يرى بعض الفقهاء (108) أن الموفق إنما يلتزم ببذل عناية ولا يلتزم بتحقيق غاية. فعمله يتمثل في الواقع، في دراسة النزاع وأوجـه نظـر الطـرفين ومحاولة التقريب بينهما من خلال سد الثغرات المختلفـة التـي مـن شـأنها أن تعمـق الإختلافات في المواقف. بمعنى آخر، إنه مدعو إلى السهر على يجاد قاسم مشترك بـين موقفين متضاربين ومتباعدين وليس على العكس من ذلـك، أي محاولـة تـرجيح رأي الطرف الواحد على حساب رأي الطرف الآخر. ولكن، هل أن محاولة الموفق إيجاد حل ودي بقدر الإمكان، معناه، أن له مطلق الحرية في إختيار الأسلوب وكذا القاعدة الأنسـب التي عليها يؤسس حله عند معالجته للنزاعات المعروضة عليـه، أم أن عليـه أن يتقيـد ببعض القواعد، كعدم الخروج عن النزاعات المثارة من قبل الطرفين، ودراسة إدعاءاتهما المرفوقة بكل الأسانيد والبراهين المقدمة من طرفهما، إلى جانب الرد على إقتراحاتهما؟

مبدئيا، إن على الموفق أن يتقيد بإدعاءات ومطالب كل طرف وبما قـدماه قصـد شرح ودعم هذه الإدعاءات، لأن عمله في النهاية، هو مقيد بما هـو كـائن ولـيس بمـا سيكون. إلا أن شريحة من الفقهاء (109) من يرون أن الموفق وهو يحاول قدر الإمكان أن يجد حلا عادلا للنزاع المثار، يمكن له أن يعمد إلى تفسير خاص يرتضيه هو للنزاع، كما

(106) Sur la distinction entre ces deux types d'obligations, voir Frossard. J, La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat, L.G.D.J, Paris, 1965.

(107) أنظر البنود المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار والتي تعرضنا إليها في الصفحات السابقة.

(108) Hermman. G, op cit, p. 341.

(109) Oppetit. B, op cit, p. 306.

يمكن له أن يعمد إلى إعمال العدل والإنصاف (110). وترى هذه الشريحة أن أسلوبا مثل هذا، هو أسلوب يتماشى وطبيعة المهمة الملقاة على عاتق الموفق التي تستدعى إيجاد أرضية وفاق ينضم إليها الطرفان، خاصة وأن أغلب الفقهاء وحتى الممارسين من الموفقين يتفقون على أن التوفيق هو قبل كل شيء "طريقة إلى تسوية تضارب المصالح"(111) وهي تتجه نحو المستقبل لتفادي القطيعة من دون أن تشكل حلا مفروضا على الطرفين (112).

وأبعد من ذلك فبعضهم من يرى أن الموفق وهو يبذل كل ما في وسعه لإيجاد حل للنزاع يمكن أن يكون "مستشارا للأطراف بالنسبة للحقوق التي تعود إليهم" (113).

وعلى عكس الطرح الذي قدمناه، هناك فريق آخر من الفقهاء (114)، من يرى أن الموفق ليس له الحرية في عدم التقيد بالنزاعات المطروحة عليه وبالإدعاءات والوسائل والشروحات المقدمة من طرف المتنازعين، أي أن على الموفق أن يفحص النزاعات ويدرسها بدون إستثناء وأن يدرس إدعاءات ومطالب الطرفين، ثم يقدم تقريرا يكون بمثابة الحل الذي يعرضه على الطرفين للمصادقة عليه، بدون أن يسعى للضغط على طرفي النزاع، وإنما يعمل على تقديم مقترحات للحل آخذا في عين الإعتبار جميع ظروف النزاع ومصالح الطرفين.

وعكس ما جاءت به إتفاقيات الإستثمار الثنائية من أن تسوية النزاعات المثارة يجب أن تسوى وديا بقدر الإمكان، فإن جانبا من الفقهاء من يرون أن على الموفق أن يجد حلا مقبولا للنزاع. والإلتزام بإيجاد هذا الحل، إنما يعد في نظرهم، إلتزاما بتحقيق نتيجة وذلك لمبررين إثنين. أولا، لأن الإلتزام بالنتيجة هو إلتزام لصيق بالصفة الإلزامية لمرحلة ما قبل اللجوء إلى الوسائل القضائية بما فيها التحكيم وثانيا، لأن تكليف طرف

---

(110) شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة فكر ا خليفة وعبد الغني سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت 1982، ص. 91.

(111) Zahi. A, « La conciliation et le processus arbitral », R.A.S.J.E.P, n° 4, 1993, p. 711.

(112) Guillaumond R, « Sur la conciliation interne et internationale », Semaine juridique, n° 14021, 1983, p. 97 et s.

(113) Hein Kotz et Reynold Ottenhof, Les conciliateurs, la conciliation, une étude comparative, éd, Economica, Paris, 1983, p. 89.

(114) Hein Kotz et Reynold Ottenholf, op cit, p. 112.

ثالث بالتسوية يعد بمثابة عقدا قد تم إبرامه بينه وبين الطرفين. ولأنه يحمل كل مواصفات العقد (كالقوة الإلزامية له والمسؤولية التعاقدية في حال الإخلال بأحد بنوده)، فلا يمكـن أن ينفلت منه. ومن ثمة، يقع عليه تنفيذه بكل دقة وأمانة. ومنهم من يرى، أنه يقع عليـه حتى الإلتزام بالتعاون مع طرفي النزاع (115).

نعتقد أن إلزام الموفق بتحقيق غاية، هو في حد ذاته، ضد فكرة التوفيـق التـي لا يمكن أن تكون إلا إختيارية وإرادية، والقول عكس ذلك، هو مخالف حتى لطبيعة التوفيق الذي هو ليس إلا طريقة لتقريب وجهات نظر الطرفين. ولا يمكن تصور إلزام الموفـق بتحقيق غاية لأن ذلك يعد من باب الضغط عليه، الذي سيؤثر على أسلوب عمله وعلـى النتائج المحصل عليها. فالتوفيق لا يمكن أن يكون - حسب نظرنا - إلا ثمرة جهد يقوم به الموفق لإيجاد حل مقبول من الطرفين. وبناء عليه، فلا نعتقد أن الموفق هو ملزم بتحقيق غاية لأن مهمته تتمثل في إيجاد حل عن طريق إقتراحات للحل وليس وضع حد للنـزاع. ولكن بالمقابل ماذا عن إنعكاسات الإلتزام بالتوفيق إن كان إلتزاما يبذل عناية أو تحقيـق غاية على المسؤولية الملقاة على الموفق؟ للإجابة عن هذا السؤال، يجب أن نميز مـا إذا كان الموفق قد إلتزم ببذل كل ما في وسعه من أجل إيجاد حل ودي أم أنه قد إلتزم بتحقيق ذلك الحل مهما كانت الظروف المهيأة لذلك.

إذا إعتبرنا أن إلتزام الموفق هو إلتزام بتحقيق غاية، فإن مسؤوليته تصـبح هنـا كاملة وموضوعية. فعدم تحقيق الموفق لحل ودي عادل ومتوازن يكفي لوحده أن يجعـل منه مسؤولا. فأحد الطرفين لا يحتاج في هذه الحالة، أن يستعين بأي وسيلة إثبات يتكيف الموفق على أنه مسؤول. أما إذا إلتزم الموفق ببذل عناية، فتقرير الموفـق لا يمكـن أن يكون إلا إنعكاسا لمجهوداته التي لا تتعدى كونها تترجم إلتزامـا ببـذل عنايـة ولـيس بالوصول إلى نتيجة. أما عن إنعكاسات ذلك على مسؤولية الموفق، فتطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية التعاقدية فلا يمكن أن نعتبره مسؤولا إلا إذا أثبت أحد الطرفين أو الطرفان معا أنه قد أخطأ. أي أنه لم يبذل العناية اللازمة لإيجاد حل ودي بعد أن كان قد قبل المهمة

---

(115) Guillaumond. R, op cit, p. 99

بصفة إختيارية. بمعنى آخر، أنه لم يقم بالمهمة التي كلف بها، بالنظر إلى أي موفق عادي في نفس الظروف التي إشتغل فيها. أو أنه في عمله هذا، لم يراعي قواعد التوفيق المعتادة (مثل فحص النزاع ومحاولة تقريب وجهات نظر الطرفين بإستعمال جميع الوسائل المتاحة كالإتصال الشخصي بالممثلين عن الأشخاص الإعتباريين وتبادل الأراء مع كل طرف وفحص كامل الإحتمالات وتقديم تقرير يحتوي على جميع المقترحات الممكنة والمساعدة على إيجاد حل عادل بين الطرفين).

ولكن حتى وهو يسعى بكل ما أوتي من جهد لإيجاد هذا الحل فمطلوب منه أيضا أن يجد هذا الحل في أجل محدد.

المطلب الثاني: الأجل

إن جل الإتفاقيات التي إطلعنا عليها تشير إلى مدة معينة يعمل الموفق أثناءها على إيجاد حل ودي. وهي مدة تبدأ من تاريخ الإشعار بالنزاع. وتحدد أغلب الإتفاقيات هذه المدة بستة أشهر وهي مدة تعتبر نهائية. لم تترك البنود التي تنص عليها للموفق المجال لتمديدها أو الإتيان باقل منها.

ومن هنا فسؤالنا، لماذا ستة أشهر بالذات وهل يحق للموفق أن يتجاوزها إلى أكثر أو أقل من المدة المعلنة؟

نعتقد أنه بالنسبة للمدة المحددة، فمحرروا الإتفاقيات محل الدراسة قد إختاروا عن وعي مدة الستة أشهر. والغاية من إختيارهم هذا - حسب رأينا - هو ربما تفادي الثقل والتعقيدات التي تتميز بها عادة الإجراءات في مثل هذه النزاعات وذلك بسعيهم إلى تنظيم إجراءات حل ودي سهل وسريع (116).

ومن جهة أخرى، فنعتقد أن ستة أشهر بالنسبة لهم تتماشى وعالم الأعمال الذي يتميز بالحركية وبالسرعة الفائقتين. إلا أنه في نظرنا حتى وإن كانت هذه المدة قد تدفع ربما إلى التعجيل في إيجاد حل للنزاع إلا أنها تبقى بالرغم من ذلك غير كافية لنزاعات تتعلق بالإستثمارات هي غالبا ما تكون معقدة.

(116) راجع على سبيل المثال المادة 8-1 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، ص. 6 والمادة 8-2 من الإتفاقية الجزائرية السورية، ص. 6 إلى جانب المادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية القطرية، المرجع السابق، ص. 7.

وعلى صعيد آخر فمثل هذه المدة قد تنعكس سلبا في نظرنا حتى على عمل الموفق. فهي لا يمكن أن تعطيه الوقت الكافي ولا الهامش من التحرك الضرورين حتى يجد حلا وديا وعادلا وبأقل التكاليف. ولكن من جهة أخرى، ربما إختيار مدة ستة أشهر كان هو الأفضل بالنسبة للطرفين حتى لا يحول التوفيق إلى مجرد مناسبة للمناورة.

الهدف منها الإطلاع على مستندات الآخر وصبر نواياه أو كأن يتحول التوفيق إلى مجرد مضيعة للوقت.

الملاحظ أيضا، أن المدة المختارة هي المدة التي نجدها في المعاهدات الثنائية التي تستهدف إحلال السلم بين الدول في إطار القانون الدولي العام (117). ونحن نقيم هذه المدة، نتساءل إن لم تكن مدة ستة أشهر وهي المدة المألوفة في المعاهدات الثنائية بين الدول في أوقات الحرب قد وقع توسيعها إلى الإتفاقيات الثنائية من أجل الحماية المتبادلة للإستثمار، مع الفارق فقط بالنسبة لموضوع التسوية. فالأولى من أجل إنهاء الحرب، والثانية من أجل تسوية نزاع يتعلق بالإستثمار.

مهما يكن من أمر، فنرى أنه من الأنسب جدا لو أن الحكومتين قد نصتا على مدة معقولة Délai raisonnable للتسوية الودية على أن يترك للطرفين فيما بعد ونعني بهما، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، عند إبرام عقد الإستثمار حرية تحديد مدة للتسوية مع إلتزامهما فقط بأن تكون هذه المدة مناسبة وطبيعة وحجم النزاع المتعلق بالإستثمارات.

ولكن هل يحق للموفق أن يتجاوز مدة ستة أشهر المحددة أم لا؟ إن هذا السؤال يثير في الحقيقة موضوعا في غاية الأهمية وهو موضوع الترابط L'articulation الذي يجب أن يوجد بين الإتفاقية الثنائية للإستثمار كإتفاقية إطار وعقود الإستثمار أو ما يعرف بعقود الدولة. فنحن نعلم أن من وظيفة الإتفاقيات هي وضع أسس للحل وليس التدقيق فيه. ولكن هل يعني هذا أن على الطرفين إحترام هذه الأسس أم الخروج عنها بالنسبة للمدة التي حددتها الإتفاقيات الثنائية لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات؟ نرى أن على

(117) راجع د. نبيل أحمد حلمي، المرجع السابق، ص. 24.

الطرفين التعهد بإحترامها وكذلك الموفق عند وضعه للتسوية موضع التنفيذ، لأن الإتفاقية الثنائية للإستثمار وكأي معاهدة دولية أخرى فهي تتمتع بالقوة الإلزامية اللصيقة بها. وبما أن الإتفاقيات الثنائية لم تتحدث عن مدة معقولة وإنما عن ستة أشهر بالذات، فإن هـامش الحركة بالنسبة للطرفين في عقد الإستثمار يصبح غير موجود إطلاقا. وعليه فالطرفان – حسب إعتقادنا – هما مقيدان بهذه المدة وكذلك الموفق عند التنفيذ بإعتباره الطرف الثالث في المعادلة.

خارج هذا الإطار، فالمعروف أيضا أنه بالنسبة لمدة التوفيق فهي تبدأ مـن وقـت معين. وهذا الوقت يعتبر بمثابة نقطة الإنطلاق بالنسبة لعملية التوفيق وبدونها لن يكـون هنالك توفيق.

فالسؤال المطروح إذن، من أي وقت تنطلق هذه المدة؟ إن أغلب الإتفاقيات تجتمع حول موعد واحد وهو أن مدة ستة أشهر المخولة للموفق لإيجاد حل ودي تبدأ من تاريخ الإشعار بالنزاع. وإن كانت بعض الإتفاقيات الثنائية تختلف في الصياغة، فبعضها يـتكلم عن "بداية تاريخ الإشعار" (118) والبعض الآخر عن وقت "إثارة النزاع مـن قبـل أحـد الطرفين" (119). الإتفاقية الوحيدة التي يغيب فيها الإشعار على الإطـلاق هـي الإتفاقيـة الجزائرية السورية (120). وأخرى تفضل أن يكون الإفصاح عن نية أحد الطرفين باللجوء إلى التوفيق عن طريق طلب موجه إلى الطرف الآخر. ويعتبر هذا الطلب بمثابة إشـعار بوجود نزاع يستوجب تسويته بالتراضي.

يبدو لنا أن إستعمال فعل "يثار" المبني للمجهول بالنسبة للنزاع هـي كلمـة غيـر قانونية حتى وإن كان يفيد معنى الإشعار. إلا أننا نعتقد أن كلمة "إشـعار" هـي الأكثـر إستعمالا في الإتفاقيات محل الدراسة و هو مصطلح قانوني في نهاية الأمر. و نفضل لو

(118) المادة 07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية والمادة 07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية وكـذلك المادة07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية المصرية والمادة 11 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية.

(119) المادة 08 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية المالية والمادة 07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية القطرية.

(120) تنص المادة 06 فقرة أولى من الإتفاقية الجزائرية السورية على أن "النزاعات المتعلقة بمختلف أوجه الإستثمارات والنشاطات المرتبطة بها والمملوكة لأحد الطرفين المتعاقدين أو إلى مستثمر تسوى عن طريق التوفيـق أو التحكـيم أو عن طريق المحكمة العربية للإستثمار..."

يستعمل هذا المصطلح بالذات عوض أي كلمة أخرى مرادفة له لمزيد من الدقة ولما لـه من إنعكاسات على سير الإجراءات.

المهم، أن أغلب الإتفاقيات الثنائية تحدد تاريخ إبتداء سريان مدة ستة أشـهر مـن تاريخ الإشعار الذي يقوم به المستثمر. مما يعني، أنه لا يمكن أن تسري المـدة المحـددة خارج هذا التاريخ. وهذا يعتبر أمرا منطقيا حتى يتمكن الموفق من مراقبة عملية التوفيق، بالرغم من أننا نرى أن ربطها بتاريخ الإشعار هو "مشوب" بنوع من الشكلية التي تتناقض مبدئيا والمرونة التي عادة ما يتصف بها التوفيق. ولكن بالمقابل، قد تعـد هـذه الشـكلية ضرورية من جهة أخرى، إذا كان الغرض منها إضفاء نوع من الفعالية على إجـراءات التوفيق. لهذا الغرض، فإننا نلاحظ أن بعضا من هذه الإتفاقيات قد جعلته كتابيا (121).

ولكن بالرغم من ذلك، هل يمكن أن نتصور حلا وديا بدون هذا الإشعار؟ حسـب تقديرنا، لا يمكن أن نتصور ذلك، ذلك أن الإشعار يعد بمثابة الشرط الـذي لا بـد منـه Une condition sine qua non للشروع في عملية التوفيق. ومن جانب آخر، ومـن الناحيـة العملية فلا يمكن للمتضرر صاحب المصلحة في الإشعار ألا يقوم بإشعار الآخر حتى يجد حلا للمشكل الذي يحول دون إنجاز الإستثمار في أقرب وقت ممكن، لأن عملية الإستثمار تعتبر في حد ذاتها مكلفة ولا يجب التفريط فيها لا من هذا الجانب أو ذاك. ثم أنه لا يمكن أن نتصور حلا وديا بدون هذا الإشعار الذي سوف يذكر فيه المستثمر المتضرر مـواطن الخلل التي ألحقت ضررا به وبالعملية الإستثمارية ككل. يمكـن أن نكيفـه علـى أنـه " تقرير إدعائي "يبلغه المستثمر إلى الطرف الآخر المتعاقد.

ولكن الإتفاقيات الثنائية لا تعطينا في المقابل، أي إشارة ولو طفيفة عن الشكل الذي يجب أن يكون عليه هذا الإشعار. يفترض عادة وهي الوسيلة المعتمدة غالبا بين التجار أن يأخذ الإشعار شكل رسالة مضمونة الوصول يبعث بها المستثمر إلـى الممثـل القـانوني للدولة الطرف المتعاقد الآخر. ويكون عمليا، وصل ضمان الوصول بمثابة وسيلة إثبات

---

(121) أنظر المادة 07 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية القطرية التي تنص على أنه تنطلق مدة الستة أشهر "إعتبارا مـن تاريخ (إثارة النزاع) كتابة" وكذلك المادة 11 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية التي تنص على أنه تسـري مـدة الستة أشهر "إبتداء من تاريخ الإشعار الكتابي" بالنزاع.

في يد المستثمر على أنه قد أشعر الطرف المتعاقد الآخر بالنزاعات التي يجب أن تلقـي حلا بينهما بالتراضي.

ويمكن أن يأخذ هذا الإشعار في صورته المكتوبة أي شـكل بإسـتعمال الوسـيلة الأكثر حداثة للإتصال كالتيليكس والفاكس والتيليغراف والأنترنات المصور على الناسخة. أما في صورته الغير مكتوبة فيمكن أن يكون الهاتف وسيلة من وسـائل الإشـعار. وإن كانت الإتفاقيت تتكلم عن الإشعار وهي تقصد به الإشعار في شكله المكتوب ولـيس فـي شكله الغير مكتوب. ويستحسن أن يكون الإشعار بالنزاعات مكتوبا. وهو ما أكدت عليـه كل من الإتفاقيتين المذكورتين آنفا وهي الإتفاقية الجزائرية الإسبانية والإتفاقية الجزائريـة القطرية لسببين إثنين: السبب الأول، وهو أن الكتب مفيد في توثيق المعلومة فـي مجـال معقد وحساس مثل الإستثمار. والسبب الثاني، فيمكن للكتب أن يكون وسيلة إثبات في يـد أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر المتقاعس أمام المحكم أو القاضي.

ولكن السؤال الذي يثور هنا: من يقوم بالإشعار وبعبارة أخـرى، مـن لـه حـق المبادرة بالإشعار؟ وما مصير عملية التوفيق إذا أشعر الآخر فعلا بالنزاع ولكن لم يقـع الرد على هذا الإشعار؟ إن أغلب إتفاقيات الإستثمار الثنائية للجزائر تعطي حق المبـادرة بالتكافؤ للطرفين (122). وإستثناء، للجهة التي تقوم بالمبادرة الأولى (123)، وفـي حـالات نادرة فهي تسكت عن ذكر صاحب المبادرة بالإشعار (124). نتصور أنه من الطبيعي ومن المنطقي جدا أن تمنح المبادرة بالإشعار للطرفين بصفة متكافئة، لأن أحد الطرفين في عقد للإستثمار يمكن أن يكون متضررا. وقد يكون المستثمر غالبا هو المبادر على أساس أنـه هو الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، حتى وإن كنا نرى أن هذا التصور هو وهمي، لأنه من غير المستبعد أن تكون الدولة المضيفة هي المتضررة ويحق لها أن تبادر هـي أيضا بإشعار الطرف الآخر، أي المستثمر بالضرر الذي لحقها لسبب نعتقد أنه وجيه وهو

---

(122) أنظر المادة 8 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 7 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية والمـادة 9 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية المالية، والمادة 7 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية المصرية.

(123) أنظر المادة 9 فقرة أولى من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبورغية.

(124) المادة 11 فقرة أولى من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية.

ما تملكه هذه المؤسسة الأجنبية العملاقة من تكنولوجيا ونفوذ يمكنانها مـن مواجهـة أي دولة مثل الدولة الجزائرية التي هي في طريق إعـادة بنـاء إقتصـادها الهـش. وهـذه التكنولوجيا وهذا النفوذ يمكن أن يجعلها في مركز قوي وتضر حتى بالآخرين (125).

ولكن ماذا عن مصير الإشعار لو أنه بلغ كتابيا للطرف الآخر ورد بالنفي أو أنه لم يلق أي رد؟ وبعبارة أخرى، هل يمكن أن يعتبر السكوت عن الإشعار قبولا ضمنيا فـي الدخول مع الطرف الآخر في التوفيق؟ نعتقد أن الرد السلبي عن الإشعار هو بمثابة فـتح الباب أمام صاحب المبادرة بالإشعار بأن ينتقل إلى مرحلة الحل القضائي. أما في الحالـة الثانية، أي في حالة السكوت فيمكن أن يعتبر السكوت قبولا ضمنيا بالتوفيق. ولكن، يبدو عمليا أن التوفيق سيصبح صعب التحقيق، لأن الرضاء بالتوفيق شرط ضروري للشروع فيه. وفي مثل هذه الظروف، فإن الرضاء بالتوفيق من المستحسن أن يكون كتابيا حتـى يكون حجة على صاحبه أمام المحكم في صورة ما إذا أعتبرنا أن التوفيق مرحلة لا بـد منها، أي إجبارية وليست إختيارية. ومن جهة أخرى، حتى تسود الثقة بين الطرفين. لأننا نعتقد أن التوفيق مبني على الثقة والإرادة الحسنة للطرفين لكي ينجح.

بعدما تحدثنا عن الشكل الذي يجب أن يكون عليه الإشعار وعن صاحب المبـادرة به، ماذا الآن عن محتواه؟

لا شيء في الإتفاقيات يدلنا عما يمكن أن يتضمنه هذا الإشعار. وإنمـا الملاحـظ فقط، أن كلها تتحدث عن أن كل نزاع متعلق بالإسـتثمار ممكـن أن يكـون موضـوعا للإشعار. ولكن، هل أن المبادر بالإشعار بالنزاع يجب عليه أن يذكر في إشعاره هذا، كل النزاعات أو بعضها فقط أو على الأقل أهمها، أم أنه مطلوب بل ومن صالحه أن يـذكر وبالتفصيل كل نزاع متعلق بالإستثمار؟ - حسب تقديرنا - إن مجرد تصـوير للنزاعـات simple description des litiges أو إعطاء لمحة وجيزة عنها لا تكفي لإستدعاء الطرف الآخر للتوفيق. ومن ثمة، فنعتقد أن بداية الشروع في إجراءات التوفيق تصبح مشروطة بطريقة غير مباشرة بما يتضمنه الإشعار.

(125) إن بعض الإستثمارات في مجال الصناعة قد تصبح مكلفة ماليا وصحيا بالنسبة للدولة إذا لم يقم الشريك الأجنبي بواجباته كمستثمر حسن النية كعدم جلبه صناعة ملوثة للبيئة.

نرى، أنه بالتالي كل النزاعات أو أهمها على الأقل يجب أن يتضمنها هذا الإشعار بصفة دقيقة ومفصلة حتى يتسنى حلها من طرف الموفق (126)، لأنه سيعتمد عليها الموفق في مرحلة لاحقة للإحتفاظ بما هو جدي منها وإسقاط ما هو وهمي لربح الوقت، خاصـة ونحن نعلم أنه مطالب بإيجاد حل عادل في أقرب وقت.

ولكن حتى وإن كانت الإتفاقيات الثنائية قد أعطت الفرصة لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات إلى الوسيلة الودية أولا، إلا أن هذا لن يمنع الأطراف المتعاقدة من أن تمنح الطرفين المتنازعين إمكانية فض نزاعهما عن طريق الأسلوب القضائي إذا أراد ذلك.

الفصل الثاني: التسوية عن طريق القضاء

تسعى الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع حكومات أخرى فـي حال فشل الحل الودي إلى منح الطرفين، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي مـن جهـة أخرى أداة أخرى بديلة ألا وهي الإحتكام إلى الوسيلة القضائية.

ومن أجل ذلك، فقد وضعت هذه الإتفاقيات عدة خيارات قضائية (المبحـث الأول) كما نظمت مسألتي القانون الواجب التطبيق والقرار التحكيمي الذي سوف يصدر عن هذه الهيئات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إختيار الهيئة القضائية

تجدر الإشارة في هذا الباب إلى أن الإتفاقيات الثنائية قد رسـمت عـدة خيـارات بالنسبة لتعيين الهيئة القضائية المختصة (المطلب الأول) إلا أنها بالمقابل، حرصت علـى أن يبقى هذا الإختيار في النهاية بيد المستثمر الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الهيئات القضائية المختارة

إن أغلب الإتفاقيات الثنائية الجزائرية الأجنبية تنظم بالنسـبة لإختيـار الهيئـات القضائية إختصاصا تداوليا لهذه الهيئات Une compétence alternative.

(126) تنص المادة 11 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية على سبيل المثال على ما يلي: "يشعر مستثمر الطرف المتعاقـد الآخر كتابيا وبالتفصيل الطرف المتعاقد للإستثمار حول النزاعات الناتجة بينه وبين هذا الطرف".

وقد جرى الإختيار على المحاكم المختصة للدولة المضيفة للإستثمار بشكل تفاضلي بحجة وقوع المشاريع الإستثمارية على أقاليمها (127). يرى جانب من الفقه، أن اللجوء بعد فشل التسوية عن طريق التراضي إلى المحكمة المختصة للبلد المضيف يعود غالبا للقيمة المالية لبعض القضايا التي لا تستدعي بالضرورة لفضـها إسـتعمال التحكـيم. ثـم أن الأطراف عادة ما يلجأون إلى هذه المحاكم حتى يتفادون التحكيم الذي يعتبرونـه مكلفـا (128)، بينما يرى جانب آخر من الفقهاء، أنه حتى وإن كان اللجوء إلى المحاكم الوطنيـة ممكنا فهو مستغرب بالنظر إلى وسيلة التحكيم بإعتبارها صيغة تحفيزية ومشجعة علـى تسوية النزاع في أسرع وقت ممكن.

ولكن بالرغم من وجاهة الإختيار في نظر البعض الآخر، نظرا لعلاقـة المحكمـة بمكان الإستثمار، إلا أنه في جميع الحالات، يظل إختيارا غير آلي إلا في حـال غيـاب إختيار آخر ألا وهو التحكيم. ونظريا، يمكن القول أن اللجوء إلى المحاكم الوطنيـة هـو ممكن في مرحلة بعدية أي على مستوى عقد الإستثمار، ذلك أن البند المتعلـق بتسـوية النزاعات وكأي بند تعاقدي آخر يخضع هو الآخر إلى المفاوضات. وبما أن العديـد مـن الإتفاقيات الإستثمارية قد منحت بصفة تفاضلية للمستثمر بأن يختار "إما وإمـا" أي هـذا الحل أو ذاك، فإننا نرى أنه من المستبعد جدا أن يقبل المستثمر في خصـوص عقـد ذي أهمية مالية بإخضاع نزاع ناتج عن الإستثمار إلى إختصاص المحاكم الوطنية. والـدليل على ذلك، هو أن العديد من المستثمرين الأجانب لا يقدمون على الإسـتثمار فـي البلـد المضيف بأموال طائلة وفي مشاريع ضخمة قبل أن يتحققوا من أن النزاعات التي قد تنشأ بينهم وبين الدولة سوف لن تخضع إلى المحاكم الوطنية (129). ومن الفقهاء من يعتبـر أن تسوية النزاعات عن طريق طرق الطعن الداخلية مهمة، لأنها لا تسمح فقط لأجهزة الدولة

---

(127) أنظر المواد 8-2 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية و8-2 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية و7-2 أ من الإتفاقيـة الجزائرية المصرية و7-2 أ من الإتفاقية الجزائرية الرومانية و9-2 أ من الإتفاقية الجزائريـة الماليـة و7-2 أ مـن الإتفاقية الجزائرية الأردنية.

(128) Issad. M, « Deux conventions bilatérales … », op cit, p. 730 et s.

(129) Horchani. F, « Le règlement des différends dans la législation tunisienne relative à l'investissement », in R.T.D, 1991, I et II, pp. 157-158.

بالتعويض للمستثمرين عن الأضرار التي قد تلحقهم، بل وأيضا ملاحقة المستثمرين عندما يخرقون بتصرفاتهم القانون الداخلي (130) وفي تقديرنا، فإن اللجوء إلى المحاكم الوطنيـة كوسيلة لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات يبقى مرهونا بنسبة التكافؤ الموجودة بـين المصالح وبمدى قدرة النظام الداخلي على حل مثل هذه النزاعات.

نفس الإختيار التفاضلي نجده في الإتفاقية النموذجية للإستثمار المعدة من طـرف السلطات العمومية الجزائرية. فهي تعطي إمكانية الإختيار للمستثمر، إما لصـالح الهيئـة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعنى بالنزاع، أو لصالح وسيلة أخـرى ألا وهـي التحكيم التجاري الدولي.

من جهة أخرى، الملاحظ في الإتفاقيات الثنائية التي إطلعنا عليها، وهي تشير إلى إختصاص المحكمة الوطنية، فمرة تتحدث عن المحكمة الوطنية المختصة للطرف المتعاقد المعنى بالنزاع (131). ومرة أخرى تتحدث عن السلطة القضائية المحلية للطرف المتعاقـد الآخر المضيف للإستثمار (132). أو عن الهيئة القضائية المختصة للبلد المستقبل للإستثمار محل الخلاف (133)، ومرة أخرى فهي تتحدث عن القضاء المحلي (134) كما تشير أيضـا إلى الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الإسـتثمار علـى إقليمهـا (135) والقصد من كل هذه العبارات التي جاءت في صـيغ مختلفـة هـو تأكيـدها علـى أن الإختصاص الذي يعود إلى المحاكم الوطنية يقوم على الصفة التبادلية. ولكن في الواقع، نجد أن البلدان المضيفة للإستثمار هي غالبا البلدان المستوردة لرؤوس الأموال الأجنبيـة، أما الطرف الآخر المتعاقد فتمثله البلدان المصدرة لهذه الرساميل.

---

(130) Laviec. J.P, Protection et promotion des investissements, Etude de droit international économique, éd. PUF, Paris, 1985, p. 305.

(131) مادة 8-2 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 9-2 من الإتفاقية الجزائرية المالية.

(132) مادة 7-4 من الإتفاقية الجزائرية القطرية.

(133) مادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية.

(134) مادة 6-1 من الإتفاقية الجزائرية السورية.

(135) مادة 8-2 أ من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية.

ولا نعتقد، أنه بحكم عدم التكافؤ الموجود بين الطرفين أن تكـون الهيئـات التـي ستختص بالنظر في النزاعات الناشئة عن الإسـتثمار سـتكون مـن البلـدان المضـيفة للإستثمار، حتى وإن كان عمليا وإحصائيا كل الإستثمارات المنجزة من طرف المسـتثمر الأجنبي هي إستثمارات تقع على إقليم الطرف الآخر، أي البلد النامي الذي هو في موقـع المستقبل للإستثمار.

أما من حيث الصياغة، فنعتقد أن عبارة "الهيئة القضائية للطرف المتعاقد المعنـى بالنزاع" تبدو الأكثر ملائمة من ناحية عنصر التكافؤ وتكريس مبدأ التبادلية في الإتفاقيات الدولية (136)، وهو ما أشارت إليه الإتفاقية النموذجية للإستثمار (137)، وكـذلك إتفاقيـات ثنائية أخرى للإستثمار. ثم إذا تفحصنا عبارة "الهيئة القضائية للطرف المتعاقـد المعنـى بالنزاع"، فإننا نلاحظ أنها بقدر ما تحقق تكافأ في الإختصاص عن طريق التبادلية بالنسبة لكل طرف، فهي تعني أكثر المحاكم المختصة للبلدان النامية المضـيفة للإسـتثمار مـن المحاكم الوطنية للطرف المتعاقد الآخر المصدر للرأسمال الأجنبي.

وعلى صعيد أخر، فإننا نجد أن اللجوء إلى الهيئة القضائية المحلية المختصة هـو إختياري. وإستثناء عن القاعدة التي تؤكد إتجاه الإتفاقيات نحـو إعطـاء الأولويـة إلـى المحاكم الوطنية، نجد في إتفاقية أخرى مثل الإتفاقيـة الجزائريـة السـورية أن إختيـار المستثمر هو إختيار محدود ويمارس بشروط (138). أما الوجهة الآخـرى التـي يمكـن للمستثمر أن يأخذها وهو أن يختار عوضا عن المحاكم الوطنية التحكيم، سـواء التحكـيم المؤسساتي أو التحكيم الحر.

الملاحظ هنا، هو أن جل الإتفاقيات الإستثمارية للجزائر تعطي الأفضلية للتحكـيم المؤسساتي التابع للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار.

---

(136) Sur la question de la réciprocité, voir Virally. M, « Le principe de réciprocité en droit international contemporain », Recueil des cours, T 122, 1976, pp. 1-106.

(137) مادة 9-2 من الإتفاقية النموذجية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، وثيقة غير منشورة.

(138) أنظر المادة 6 من الإتفاقية الجزائرية السورية، المرجع السابق.

ولكن بالنسبة لهذا الإختيار بالذات، تؤكد بعض الإتفاقيات على أنه يبقى الإختيـار الحصري Choix exclusif (139). بينما في إتفاقيات أخرى، نجد أن إختيار "سـيردي" هـو إختيار بديل Choix alternatif (140). بعبارة أخرى، فهو يعد حلا من بين الحلول المعروضة على المستثمر.

ومهما تكن طبيعة إختيار "سيردي"، إن كان إختيـارا حصـريا exclusif أو بـديلا alternatif، فإن كلا الإختيارين يطرحان نفس المشكل والمتمثل في شروط قبول إختصاص المركز. فبالنسبة للرضاء بتحكيم المركز مثلا، فنحن نعلم أنه ليكون المركز مختصا لا بد من أن يكون هناك نزاع قانوني. أغلبية الإتفاقيات التي إطلعنا عليهـا لا تعطـي تعريفـا للنزاع، ما عدا الإتفاقيـة الجزائريـة القطريـة التـي تشـير إلـى الصـفة القانونيـة اللصيقة به (141)، وهي بذلك كما أسلفنا تكرس أحكام المادة 25 مـن الإتفاقيـة المنشـئة للمركز. من جهة أخرى، إن إختصاص المركز هو مرتبط بنـزاع يتعلـق بالإسـتثمار. وبعبارة أخرى - كما أوضحنا - يجب أن يكون ذا علاقة مباشرة بالإستثمار. ولكن هل أن جميع الإستثمارات التي تغطيها إتفاقيات الإستثمار الثنائية تدخل ضمن إختصاص المركز؟ إن الجواب عن هذا السؤال لا يمكن أن يكون إلا بالنفي وذلك لمبررين إثنين: أولا، ليست كل الإستثمارات هي مرشحة لأن ينظر فيها المركز إذ هي جاءت عن طريق الحصـر. ثانيا، بعض الإستثمارات يجب أن تحصل على موافقة الوكالة الوطنية لتطوير الإسـتثمار بإعتبارها الممثلة للدولة كما يجب أيضا أن يشملها تأمين الدولة الوطنية للمستثمر (142) في حالة الجزائر مثلا.

ثم إلى جانب شرط الرضاء يمكن لنا أن نذكر شرطا آخر، ألا وهو شرط إسـتيفاء طرق الطعن الداخلية. بالنسبة لبعض الفقهاء (143)، إن هذا الشرط يعني في مفهومه

---

(139) أنظر المادة 9-2 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللوكسومبرغية والمادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية القطرية.

(140) راجع المادة 8-2 ب من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية والمادة 8-2 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية وكذلك المادة 7-2 ب من الإتفاقية الجزائرية الرومانية.

(141) أنظر المادة 7 من الإتفاقية الجزائرية القطرية، المرجع السابق.

(142) يمكن الإشارة هنا إلى تأمينات شركة "كوفاس" الفرنسية بالنسبة للمستثمرين الفرنسـيين الـذين يرغبـون فـي الإستثمار في الجزائر.

(143) Juillard. P, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », in Clunet 1979, p. 297.

الواسع أن مجهودا يجب أن يبذل من أجل إيجاد حل بالتراضي وإذا لم يسوى النزاع بالتراضي فبإمكان الطرفين حينئذ أن يلجا إلى تحكيم المركز. وبعبارة أخرى، أنه لا يمكن اللجوء إلى تحكيم المركز بصفة آلية. أما إذا أخذنا بالمفهوم الضيق لهذا الشرط، فمعنى ذلك أن كل طرق الطعن الداخلية لا بد أن تستنفذ قبل اللجوء إلى تحكيم المركز. ومن جهة أخرى، يطرح إلتماس المركز إشكالية أخرى وتتعلق هذه المرة بأهلية التقاضي La qualité pour agir.

نحن نعلم أنه بمقتضى إتفاقية 18 مارس 1965، فإن المركز لا يمكن أن يختص بالنظر إلا في النزاعات الناشئة بين دولة متعاقدة ورعية دولة متعاقدة أخرى، سواء أكانت هذه الرعية، شخصا طبيعيا أم إعتباريا. ونعني، بمفهوم المخالفة، انه لا يمكن للمركز أن ينظر في نزاع قائم بين دولتين متعاقدتين. بيد، أن أغلب إتفاقيات الإستثمار الثنائية التي أبرمتها الجزائر تحمل ما يسمى ببند الإحلال (144). وبمقتضى هذا البند التعاقدي، فإن الطرف المتعاقد الذي من خلال الضمان يكون قد عوض رعيته سواء أكانت هذه الرعية شخصا طبيعيا أو معنويا، يمكن له أن يحل محل هذه الرعية في جميع حقوقها. ولكن تظل المشكلة مطروحة إذا نحن عملنا بالإحلال في حالة تحكيم "سيردي" فيصبح النزاع ليس بين دولة متعاقدة ورعية تابعة لدولة أخرى، ولكن بين دولتين متعاقدتين. ولهذا الغرض، فإن أغلب الإتفاقيات تبدو حذرة، فتؤكد على أن إعمال الإحلال لا يمكن أن يطبق إلى في حالة واحدة وهي حالة إستفادة الأشخاص من القرار التحكيمي الصادر عن المركز، وبالتالي فهو لا يتعدى إلى الحق في التحكيم. وبالرغم من ذلك كله، فنجد أن بعضا من هذه الإتفاقيات تؤكد على أن الإحلال يمكن أن يمتد إلى الحق في التحكيم عن طريق المركز أو اللجوء إلى طرق طعن أخرى (145). ولكن بالنسبة للتحكيم، يشترط أن يقع إختيار الطرفين على مثل هذا النوع من التحكيم لا غير.

---

(144) راجع على سبيل المثال المادة 8 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية، المرجع السابق، ص. 8، والمادة 6 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المرجع السابق، ص. 6، إلى جانب المادة 7 من الإتفاقية الجزائرية السورية، المرجع السابق، ص.6.

(145) راجع في هذا المعنى المادة 8-3 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع السابق، ص. 7.

إن المشكلة تثور في الحقيقة عندما لا تكون الدولة المتعاقدة قد إنضمت إلى إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز أو في إنتظار أن تنضم إليها (146) أو إذا لم تكن الإتفاقية المعنيـة واجبة التطبيق (147). قد تختلف هنا الصياغة من إتفاقية إلى أخرى، ولكن أغلبها تتفق عند نقطة واحدة، ألا وهي إستحالة العمل في هذه الحالة بتحكيم المركز. إلا أنه مع تشبث هذه الإتفاقيات بتحكيم المركز كحل بديل للنزاع الذي قد يثار، إلا أن بعضا منها يراهن أيضـا على اللجوء إلى التحكيم الحر وأحيانا أخرى على بديل آخر كإستعمال الآليات الإضـافية للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات.

بالنسبة للإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللوكسومبرغية مثلا، إشترطت أنه في حالـة عدم توفر شرط التحكيم عن طريق المركز، وهو ما يفيد عدم مصادقة الجزائر عليها فإن الخيار البديل يبقى الميكانيزم الإضافي للمركز الدولي لتسوية النزاعـات الناشـئة عـن الإستثمار. إن هذا الميكانيزم قد وضع في الواقع لغرضين إثنين: في حالة عدم المصادقة على إتفاقية المركز أو في حالة خروج النزاع عن نطاقها. وهو الأمـر الـذي إسـتدعى المجلس الإداري للمركز بأن يسمح في تاريخ 27 سـبتمبر 1987 لأمانتـه بـأن تـدير إجراءات التوفيق والتحكيم، عندما لا تكون فيها الدولة بالضرورة طرفا فـي النـزاع ولا الطرف الآخر رعية لدولة أخرى، أو أن يكون أحدهما على الأقل، دولة متعاقدة والطرف الآخر رعية لدولة متعاقدة مع عدم الإشتراط في مثل هذه الحالة، مثلها هـو معهـود أن يكون النزاع ناشئا مباشرة عن الإستثمار.

كما أنه يمكن خارج هذه المقاييس، أن يستعمل الميكانيزم الإضافي في النزاعـات التجارية العادية الدولية التي لا تدخل ضمن إختصاص المركز لتسوية النزاعات الناشـئة عن الإستثمار. إلا أن الطابع الخاص الذي يميز هذا الميكانيزم هو أنه يستمد نظامه بصفة شبه كلية من نظام التحكيم للمركز، وكذلك من نظام التحكيم التابع للجنة الأمـم المتحـدة للقانون التجاري الدولي "كنودسي". فهو نوع من المزج بين هذين النظامين.

(146) أنظر المادة 9-2 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبورغية، المرجع السابق، ص. 1778 وكـذلك المـادة 8-2 ب من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، المرجع السابق، ص. 1782.

(147) راجع المادة 7-3 من الإتفاقية الجزائرية القطرية، المرجع السابق، ص. 7.

أما البديل الذي تقدمه الإتفاقيات الثنائية في غياب المصادقة على إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات هو اللجوء إلى التحكيم الحر (148) أو أن يكون هذا الخيار كأحد البدائل عن اللجوء إلى الوسائل القضائية الأخرى بعد إستنفاذ الوسيلة الغير قضائية ونعني بذلك التسوية عن طريق التراضي، كالهيئة القضائية المحلية أو التحكيم المؤسساتي. ولكن سواء أكان التحكيم الحر قد جاء ليملأ فراغا لعدم المصادقة على إتفاقية واشنطن أو أنه جاء كأحد الخيارات المقدمة للمستثمر فالملاحظ، هو أن هذا النوع من التحكيم قد نظم في أغلب الإتفاقيات بصفة دقيقة سواء، من ناحية تعيين المحكمين وكذلك الإجراءات المقامة أمام الهيئة التحكيمية أو القرارات المتخذة من جانبها. أما في بعض الإتفاقيات الأخرى فنجده غير منظم. بمعنى آخر، أنه يكتفي الطرفان فقط بالإشارة إلى التحكيم الحر مع ربطه بالنظام التحكيمي المعمول به في إطار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (149).

يبقى أن نشير أن مثل هذا التحكيم قد يصعب وضعه حيز التنفيذ، إذا كان البند الذي ينظمه غير محرر بصفة جيدة كذلك الذي لمسناه في الإتفاقية الجزائرية الإيطالية. فطبقا لأحكام المادة الثامنة من هذه الإتفاقية، يمكن للمستثمر في حال عدم التوصل إلى حل النزاع بالتراضي أن يختار إحدى الهيئات القضائية، الهيئة القضائية للدولة المتعاقدة التي يتم الإستثمار على إقليمها أو إلى المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار أو إلى محكمة تحكيمية أنشئت لهذا الغرض طبقا لأحكام المادة 09 من هذه الإتفاقية.

إن المشكلة في الحقيقة بالنسبة لهذه الإتفاقية بالذات، تكمن في كون المادة 09 التي تحيلنا إليها المادة الثامنة من نفس الإتفاقية تقصد بالنزاعات، تلك المتعلقة بتفسير أو تطبيق الإتفاقية وليست النزاعات المتعلقة بالإستثمارات (150).

---

(148) راجع المادة 8-2 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المرجع السابق، ص. 7 والمادة 7-3 من الإتفاقية الجزائرية القطرية، المرجع السابق، ص. 7 والمادة 9-3 ب من الإتفاقية الجزائرية المالية، المرجع السابق، ص. 11.

(149) أنظر المادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المرجع السابق، ص. 6.

(150) تنص المادة 9-1 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية على ما يلي: "يجب أن تسوى النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق هذا الإتفاق بالطرق الدبلوماسية".

وهي تستهدف تنظيم تحكيم حر بين دولتين متعاقدتين وليس بين الدولة المتعاقـدة الطرف في المعاهدة والرعية التابعة للدولة المتعاقدة الأخرى وكيفية إجرائه. وعليه، فإنه يستحيل تطبيق مثل هذه المادة في مجال الإستثمار.

من جهة أخرى، يمكن تسجيل عيب آخر في التحرير ويتعلق هذه المرة بالصـورة التي نلاحظ فيها غيابا كليا لإتفاق الطرفين على تعيين محكم ثالث. في مثل هذه الحالـة، تشير المادة 9 من نفس الإتفاقية أنه يمكن اللجوء إلى الأمين العام للأمم المتحدة لسد هـذا الفراغ. إن الإستعانة بهذا الأخير ليس من القواعد المألوفة ولا من إختصاص الأمين العام أن يتدخل في نزاع هو من القانون الخاص، لأنه عادة ما يلجأ لتعيين محكم ثالث أو لتعيين محكم الطرف الآخر المتقاعس إلى طرف ثالث. وهذا الطرف قد يكـون رئـيس هيئـة قضائية داخلية أو أمين عام مؤسسة تحكيمية دائمة (151). كما أن الفصل بين نوعين مـن النزاع، نزاع يتعلق بتفسير الإتفاقية، ونزاع آخر يتعلق بالإستثمار بالنسبة للإتفاقية الثنائية المشار إليها آنفا، هو ليس دائما جائزا بسبب عدم وجود حد قاطع بين هذين النوعين مـن النزاعات. ذلك أنه، في نظر الفقيه بن شنب يمكن أن نتصور نزاعات قائمة بين الدولـة المضيفة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى وتتعلق ليس بالإسـتثمار مباشـرة ولكن بتطبيق الإتفاقية، كالنزاعات التي تكون موضوعها عدم نقل الفوائد وأخرى تتعلـق بالتعويض أو بالتمييز بين هذا المستثمر وذاك، خلافا لمبدأ عدم التمييز بين المسـتثمرين Principe de non discrimination entre investisseurs (152). مما يدفع على الإعتقـاد، والحالـة تلك، أن المستثمر إذا إلتمس محكمة تحكيمية قصد الفصل في مسألة تتعلـق بتفسـير أو تطبيق الإتفاقية الثنائية فسوف لن تبت هذه الأخيرة في القضية المطروحة أمامها أو أنهـا ستصرح بعدم إختصاصها. وفي هذه الحالة، يخشى أن نصبح أمام إنكار للعدالة. ولهـذا الغرض، يرى الفقيه بن شنب "أنه ليس من أهداف الإتفاقيات الثنائية تنظيم إنكار للعدالـة، ولكن أن تضع على عاتق الدول الأطراف إلتزاما بالتسوية" (153).

---

(151) Issad. M, op cit, pp. 730-731.
(152) Sur ce principe, voir Charpentier. J, « De la non – discrimination dans les investissements », in A.F.D.I, vol IX, 1963, pp. 35-63.
(153) Bencheneb. A, op cit, p. 117.

من جهة أخرى، الملاحظ هو أن الإتفاقيات الثنائية قد وضعت سلما للهيئات القضائية المختارة. وقد يختلف هذا السلم من إتفاقية إلى أخرى بدرجة متفاوتة. إلا أن الذي يستدعي الإنتباه، هو أن ترتيب الهيئات القضائية جاء مبنيا في شكل هرمي. فنجد في المرتبة الأولى، الهيئة القضائية للطرف المتعاقد المعنى بالنزاع أو المضيف للإستثمار مثلما تنص عليه أغلب الإتفاقيات، ويليها في المرتبة الثانية، التحكيم التابع للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار وفي مرتبة ثالثة، التحكيم الحر بنوعيه المنظم من قبل الطرفين أنفسهما أو ذلك المصنف ضمن التحكيم الذي يخضع إلى تنظيم اللجنة الأممية للقانون التجاري الدولي. ولكن لماذا هذا السلم؟ وبعبارة أخرى، ماذا يعني هذا السلم بالنسبة للإتفاقية الثنائية للإستثمار وبالنسبة للإتفاقيات الخاصة المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي؟

أولا، إن إتفاقية الإستثمار بإعتبارها إتفاقية إطار فهي تضع الخطوط العريضة لما يجب أن يكون بالنسبة للإتفاقيات الخاصة التي سوف تبرم لاحقا بين الدولة ورعية الدولة الأخرى. ولهذا، فقد وضعت تصورا لكل الوسائل الغير قضائية في إطار ما يسمى بالحل عن طريق التراضي وكذلك الوسائل القضائية وكم هي عديدة في إطار ما يسمى بالحـل عن طريق القضاء، سواء القضاء الدولي أو الوطني.

ثانيا، إن إتفاقية الإستثمار هي قبل كل شيء معاهدة دولية تربط بين دولتين وكأي معاهدة دولية أخرى، فهي تخضع للإجراءات الكلاسيكية المعتادة من مفاوضات، وتوقيـع ثم إقرار وكأي بند من بنود المعاهدة يخضع البند المتعلق بتسوية المنازعات هو الآخـر إلى المفاوضات. وبالنتيجة أيضا، فكل مفاوضات تعكس هي الأخرى موقف ومركز كـل طرف. فمركز الجزائر كبلد نامي ومستورد لرؤوس الأموال الأجنبية لن يكون في موضع يسمح لها على الأقل بأن يكون لها هامش من المناورة. ولهذا، فالتدرج في ذكر الهيئـات القضائية يفضح ويفصح عن موقف المتفاوض الجزائري.

وبالرغم من ذلك كله، فقد وقع الإختيار على القضاء المحلي كحل يأتي في المرتبة الأولى في أغلب الإتفاقيات. فسؤالنا لماذا القضاء الوطني أولا؟ نعتقـد أن هنـاك عـدة مبررات وأسانيد تأتي لتدعم هذا الإختيار، من بينها التخوف الذي تبديه بعض الدول ومن

بينهما الجزائر لكل ما هو تحكيم وإن كان هذا التخوف لم يعد أي مبرر اليوم بعد تكريس القانون الوضعي التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات في العلاقات الإقتصادية الدولية للدولـة الجزائرية مع الخارج، حتى وإن شكل التحكيم في الماضي وفي العقود الإقتصادية التـي أبرمتها الشركات الوطنية مع الشركات الأجنبية الحل المبدئي والكلاسيكي (154). وإستثناء عن هذه القاعدة، كان اللجوء إلى القضاء الوطني نتيجة للأثر السيئ الذي تركته القضـايا التحكيمية التي كانت بعض الدول العربية أحد أطرافها في إطار العقود البتروليـة التـي أبرمتها مع الشركات الأجنبية (155).

أما عن وضع الهيئات القضائية الوطنية للطرف المتعاقد الذي يوجد علـى إقليمـه الإستثمار في المقام الأول من السلم ربما يعود إلى كون كل العقود الخاصة سوف تنفذ في الجزائر. وهذا من شأنه أن يعزز إختصاص المحاكم الوطنية. وهو الإختصاص الذي أخذ به فقه القضاء التحكيمي في مادة المحروقات في العديد من القضايا التحكيمية (156).

ومن جهة أخرى، يمكن أن نشير أيضا إلى عنصر آخر، ألا وهو عنصر معيـار مكان تنفيذ العقد. وبعبارة أخرى، ففي مكان تنفيذ العقد أين يقع معاينة المشاكل الناتجة عن الإستثمار وإيجاد حل لها أمام المحكمة المختصة. ثم إلى جانب هذا المعيار، هناك معيـار آخر ألا وهو معيار موقع العقار. يعد هذا الأخير العنصر الأكثر إرتباطا بعقود الإستثمار التي تستهدف بناء المنشأة الصناعية نظرا لما تتمتع به المنشأة بإعتبارها عقارا من صـلة بالأرض وبالإقليم الذي يوجد عليه الإستثمار بوجه عام. ولهذا الغرض، فنعتقد أن إختيار المحاكم الوطنية في هذه الحالة، هو إختيار منطقي وعقلاني وهو ينسجم والمبدأ المكـرس من طرف القانون الدولي الخاص، أن المحاكم الوطنية هي الوحيدة التي يرجع إليها النظر في النزاعات المتعلقة بالعقار الموجود على إقليم الدولة مهما تكن جنسية الأطراف

---

(154) Issad. M, « L'arbitrage en Algérie », in Rev. arb, 1977, p. 219 et du même auteur, voir aussi, « Le nouveau droit algérien de l'arbitrage », in Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial international, 14-15 déc, 1992, p. 69 et s.
(155) Bédjaoui. M, « L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international », in Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial, 14-15 déc, 1992, p. 31 et s.
(156) Voir Sentences Abou Dhabi, ICLQ, p. 250 – Quatar, ILR, 1953, p. 546 Aramco, Rev. Crit DIP, 1963, pp. 314-316, Sapphire, ASDI, 1962, p. 284.

المتنازعة (157). وهذه القاعدة من شأنها أن تمنح بعض المزايا العملية للمستثمر. فهي تعطيه فرصة ممارسة بعضا من حقوقه كحق الإستغلال. كما أنها تساعد على صعيد آخر، الموفق أو المحكم على القيام بإجراءات التحقيق في عين المكان. ثم يأتي في مرتبة ثانية تحكيم "سيردي". ولكن لماذا يجري التأكيد في أغلب الإتفاقيات أحيانا على تحكيم الغرفة الدولية للتجارة وأحيانا أخرى على تحكيم هذه المؤسسة على حساب تلك؟ يرى جانب من الفقه أن إختيار إتفاقية واشنطن المنشأة لمركز "سيردي" يأتي في الغالب بدافع أن هذه الإتفاقية تضمن في الواقع حقوق الدولة في الحصانتين القضائية والتنفيذية (158) وكذلك، لأنها تمنح الدولة الحرية في تحديد النزاعات التي تراها هي قابلة للتحكيم. وإلى جانب هذه الحقوق المكفولة للدولة والتي نجدها مكرسة في الإتفاقية، فلأنها تهدف أيضا في نظرهم، إلى دعم الثقة المتبادلة بين الطرفين عن طريق تحقيق توازن بين مصالح المستثمر من جهة، ومصالح الدولة من جهة أخرى (159). أما بالنسبة لجانب آخر من الفقهاء، فإن الإتفاقية إنما جاءت لتحد من سيادة الدولة المضيفة للإستثمار، لأنها تنص على تخلي هذه الأخيرة عن ممارسة بعض من المبادئ والإمتيازات، مثل مبدأ إستنفاذ طرق الطعن الداخلية وإمتياز إجراءات تنفيذ القرارات التحكيمية. كما أنها تعمل على تدويل العلاقات بين الدولة والمستثمر الأجنبي (160). ومن بين هؤلاء الفقهاء من يعيب أيضا على الإتفاقية كونها لم تعرف إلا عددا محدودا من القضايا (161). إلا أن مثل هذه الإنتقادات الموجهة لتحكيم "سيردي" لا يمكن أن تحجب الميزة التي يتميز بها، وهي الصفة الملزمة للقرارات التحكيمية التي تصدرها هيئة التحكيم التابعة للمركز خلافا لهيئات تحكيمية أخرى (162)، كغياب طعون ضد هذه القرارات أمام أي جهة قضائية وطنية وحتى

---

(157) Batiffol. H et Lagarde. P, Droit international privé, 6ème éd, Paris, 1976, n° 681. Cette règle est légalisée d'une part par l'article 18 al 2 du code civil algérien qui soumet les contrats ayant pour objet des immeubles à la loi du lieu de l'immeuble, et d'autre part, par l'article 8 al 3 du CPC qui attribue compétence en la matière à la juridiction du lieu de la situation des biens.
(158) Carabiber. Ch, « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », in RCADI, vol 99, 1960, I, p. 119.
(159) د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمارات، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص. 120 وما بعدها.
(160) Zahi. A, L'Etat et l'arbitrage, OPU – Publisud, Alger, 1986, thèse, p. 223 et s.
(161) Gara. N, la compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, mémoire DEA. Option : droit privé général, faculté de droit, Tunis 1988, p. 8.
(162) Giardina. A, « L'exécution des sentences du CIRDI », Rev. crit DIP, 1982, p. 273.

الطعون لأجل التفسير أو المراجعة أو دعاوى البطلان لأسباب محددة لا يمكن رفعهـا إلا أمام هيئة خاصة تسمى لجنة الإبطال تكون مشكلة من ثلاثة أعضاء معينين مـن طـرف رئيس مجلس إدارة المركز (163). ثم أن إختيار الإتفاقيات الثنائية لتحكيم "سيردي" له مـا يبرره، وهو أنه يكفي أن تبلغ القرارات التحكيمية إلى الدولة لتلتزم بعـدها بـالإعتراف بالقرارات الصادرة عن المركز كقرارات ملزمة وتلتزم بضمان تنفيذها على إقليمها كمـا لو كانت أحكاما نهائية صادرة عن محاكمها.

ولكن بالرغم من المزايا وبعض الإنتقادات الموجهة إلى تحكيم المركـز كوسـيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، فإنه توجد وسيلة أخرى خارج هذا الحل ألا وهي وسيلة التحكيم الحر التي غالبا ما تكون من بين الخيارات المطروحة على طرفي النـزاع إلى جانب التحكيم المؤسساتي أو المحاكم الوطنية. ولكن بالنسبة للترتيب، فهو يقـع فـي المرتبة الثالثة من السلم. لماذا يوجد في الغالب في هذه المرتبة، أي في أخر السلم؟ يعتقد أغلب الفقهاء أن وضعه في المرتبة الأخيرة من السلم هو لأنـه بـالنظر إلـى التحكـيم المؤسساتي يعتبر الأقل إستعمالا من قبل أطراف النزاع (164). ولكن بالرغم من وجاهـة هذا الرأي، إلا أن أغلب التحاليل الفقهية المدعمة بالإحصاءات تؤكد من جانبها علـى أن التحكيم الحر يبقى يحتفظ في التجارة الدولية بأهمية معتبـرة، ذلـك أن الـدول وحتـى الأطراف كثيرا ما يحبذون التحكيم الحر الذي يسمح لهم بأن يختاروا بكل حرية كيفيـات تنظيمه، خلافا للتحكيم المؤسساتي الذي لا يجدون فيه هامشا من هذه الحرية، لأن تنظـيم التحكيم فيه يكون خاضعا إلى اللائحة المختارة (165). إلا أنه بالرغم من هذه الحرية التـي يمنحها لهم التحكيم الحر، إلا أنه في الواقع يصعب وضعه حيزالتنفيذ، نظرا لكونه يتطلب دقة في التنظيم قد لا يملكها أطراف النزاع.

---

(163) راجع المواد من 50 إلى 52 من اللائحة الداخلية لمركز :سيردي".

(164) لقد جرت العادة أننا عندما نريد أن نعطي تعريفا أو نقيم التحكيم الحر فغالبا إن لم نقل دائما بالنظر إلى التحكـيم المؤسساتي سواء ذاك التابع للغرفة الدولية للتجارة أو التابع للمركز الدولي لتسوية المنازعات. أنظر في هـذه النقطـة بالذات على سبيل المثال، كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجـارة الـدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص. 99.

(165) David. R, L’arbitrage dans le commerce international, éd Economica, Paris, 1982, p. 47.

إلا أن ما لاحظناه في العديد من الإتفاقيات الثنائية التي وضعت التحكيم الحر كأحد الخيارات الممنوحة للدولة المضيفة للإستثمار وللمستثمر معا، تنظيمها لهذا النـوع مـن التحكيم في جميع مراحل سيره إلا أنه في المقابل، نلاحظ أنه بالرغم مـن إختيـار هـذه الإتفاقيات للتحكيم الحر إلا أنها تخضعه من حيث الإطار الذي يجب أن يصب فيـه إلـى لائحة اللجنة الأممية للقانون التجاري الدولي "كنودسي" التي تعتبر النموذج، الذي يجب أن يحتذى به في إطار عقد الإستثمار الذي يربط الدولة الجزائرية بالمستثمر الأجنبي، رعية الدولة الأخرى. إلا أنه وبالرغم من كونه كذلك، أي مجرد نموذج، فهو يعكس التوجهـات الحالية للقانون والعمل التحكيمي (166). ونظرا لإستعماله اليوم بكثرة في العقود الإقتصادية التي تبرمها الدول السائرة في طريق النمو مع الدول الغنية، إلا أنه من جهة أخرى، يعتبر بمثابة نص توفيقي، وهو بذلك لا يخلو من عيوب وثغـرات. بالنسـبة للفقيـه Fouchard "تعد لائحة التحكيم لـ "كنودسي" ثمرة العديد من التنازلات حيال نص مكتوب أصلا باللغة الأنقليزية إلى جانب كونه يفتقد للرونق والإيجاز وتظهر فيه حذر القواعد بسبب الصعوبة في الحصول على مقاربة ليبيرالية وموحدة للتحكيم التجاري من قبل المفاوضين (167). إلا أنه بالرغم من هذه العيوب التي تشوبه إلا أن جانبا من الفقهاء من يعترفون بـأن لائحـة تحكيم "كنودسي" تتميز بكونها تقوم على مبدأ حرية الأطـراف فـي تنظـيم إجـراءات التحكيم (168)، كما أنها تضمن المساعدة القضائية والرقابة البعدية الضرورتين لمثل هـذا التحكيم (169).

إلا أنه ومهما يكن هذا الإختيار، سواء أكان في إتجاه المحاكم الوطنية أو في إتجاه المحاكم الدولية كبدائل عن هذه الأخيرة، الشيء الذي يجب التأكيد عليه، هو أن الإتفاقيات الثنائية للجزائر قد منحت الإختيار إلى المستثمر فقط دون سواه.

---

(166) Hachem. M.L, « L'arbitrage international dans le nouveau code de l'arbitrage », in RTD, 1993, p. 35.
(167) Fouchard. Ph, « La loi – type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », Clunet, 1987, p. 861.
(168) Jarnier. S, « La loi – type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », Rev.arb, 1986, p. 510.
(169) Hachem. M.L, op cit, p. 36.

المطلب الثاني: خيار المستثمر

تؤكد أغلب الإتفاقيات الثنائية المبرمة من طرف الجزائر أنه في حالة فشل التسوية بالتراضي يستطيع المستثمر أن يرفع النزاع أمام أي جهة قضائية يختارها هو دون سواه. ولكن، لماذا تمنح المبادرة فقط للمستثمر؟ وما إنعكاسات ذلك على مبدأ التوازن بين طرفي النزاع؟ وهل إعطاء المبادرة فقط للمستثمر يعد خرقا أم لا للقواعد العامة التي تحكم المنازعات؟ بادئ ذي بدأ، يجب أن نشير إلى أن منح المبادرة للمستثمر قد يفسر على أنه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية التي تربطه بالدولة المضيفة. كما أنه يمكن أن يفسر على أنه مجرد سوء تحرير وتسرع. فالفقيه إسعاد يرى أنه ليس من العادة ولا من التقنيات القانونية الحسنة أن يقع التنصيص في حالة الطعن على أن يكون هذا الطعن في يد طرف واحد في النزاع على حساب الطرف الآخر. لذلك، فهو ينصح بإستعمال عبارة "يستطيع الطرف المعني" أو "الطرف الذي له المبادرة الأولى" عوضا عن "يستطيع المستثمر" (170)، من جهة أخرى، قد تعتبر مبادرة المستثمر بمثابة رد فعل ضد الإجراء الذي يكون قد إتخذته الدولة والمتمثل في نزع الملكية أو تغيير في القانون. لأن النزاع لا يمكن أن يكون إلا نتيجة فعل قام به المستثمر أو إجراء متخذ من طرف الدولة ضد المستثمر. ومن هنا، فمن الطبيعي أن تكون المبادرة الأولى له كرد فعل على هذا الإجراء. وللتأكيد على أن المبادرة هي مخولة للمستثمر فقط، فإن مثل هذا الحل قد أخذت به حتى بعض التشريعات الوطنية الأخرى مثل قانون تحفيز الإستثمار في تونس الذي يعطي بدوره حق إختيار وسيلة تسوية النزاع فقط إلى المستثمر الأجنبي (171). يبقى أن نشير، أنه في خصوص هذه النقطة بالذات، فإن قانون الإستثمار التونسي يختلف عن القانون الجزائري والموريطاني اللذان يمنحان حق اللجوء إلى الهيئات القضائية إلى الطرفين المتنازعين بصفة متساوية (172).

---

(170) Hachem. M.L, op cit, p. 37

(171) مادة 67 من قانون تحفيز الإستثمارات التونسي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 93/120 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993.

(172) مادة 41 من المرسوم التنفيذي المتضمن ترقية الإستثمار، المرجع السابق، والمادة 7 من قانون الإستثمار الموريطاني لسنة 1998. حول نفس القانون أنظر.

Cheikh Ould. A, La protection des investissements privés étrangers en Mauritanie, mémoire DEA, option droit international, faculté de droit, Tunis I, 1996-1997, p. 120 et s.

ونعتقد أن منح المبادرة من طرف الإتفاقيات الثنائية إلى المستثمر على حساب الدولة قد يكون أيضا إنعكاسا للمركز الإقتصادي الضعيف للدولة بصفتها المستوردة للرأسمال الأجنبي ولحاجتها الملحة للخروج من الأزمة الإقتصادية التي تتخبط فيها من خلال توظيف هذا الرأس المال. أما عن آثاره على مبدأ التوازن بين طرفي النزاع، فإن منح المستثمر فقط ممارسة حق إختيار الوسيلة القضائية الأفضل لحل النزاع يتنافى ومبدأ التوازن، لأنه في هذه الحالة، إذا أخذنا بهذا الأسلوب، فإننا سوف ننتهي إلى تفضيل طرف على حساب الطرف الآخر. وهذا من شأنه أن يخل بالتوازن بين الطرفين. ومن جهة أخرى، فإنه من غير المستبعد أن يحصل خلاف في إختيار إحدى الهيئات القضائية. وقبل ذلك حتى في خصوص التوفيق أو التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع، وحتى في المبادرة بفتح الدعوى أمام جهة يرتضيها فقط طرف واحد ولا يستجيب لها الطرف الآخر لسبب وحيد، وهو أن المبادرة كانت بيد أحد الطرفين. إن الحل الأمثل من وجهة نظرنا، هو أنه مع عدم المساس بحرية رفع الدعوى المخولة لكل طرف في النزاع أن تمنح المبادرة بالتساوي إلى الطرفين، لأن كل طرف هو في حقيقة الأمر، يمكن أن يكون مدعيا في الخصومة. أبعد من هذا، هل يمكن لنا أن نقول أن هذه القاعدة تمثل جزءا لا يتجزأ من مبدأ المعاملة بالمثل La réciprocité في معناه الواسع. وأن أي خرق لهذا المبدأ قد يعد أيضا بمثابة خرق ولو غير مباشر لمبدأ المساواة الذي تكرسه المعاهدات الدولية (173).

إن الإجابة في الحقيقة عن هذا السؤال لا يمكن أن تكون إلا إجابية إذا وضعنا في الحسبان أن مبدأ المعاملة بالمثل هو قبل كل شيء إلتزامات تقع على الطـرفين وحقـوق لصالحهما الإثنين معا وليس حقوقا لصالح طرف واحد فقط على حساب الطرف الآخـر (174) وخلافا لهذا المعنى، فقد يخشى أن تتحول المبادرة في رفع النزاع كما نلاحـظ فـي أغلب الإتفاقيات من مجرد حق حصري un droit exclusif إلى إمتياز un privilège.

---

(173) Rousseau. Ch, Droit international public, Paris, Sirey, 5ème vol, 1970. Voir aussi De Visscher. Ch, Théories et réalités en droit international public, Paris, Pédone, 4ème éd 1970.
(174) Juillard. P, op cit, p. 311.

أما عن مدى إعتبار منح حرية الإختيار للمستثمر خرقا للقواعد العامة التي تحكم المنازعات، فتجدر الإشارة، إلى أنه طبقا لقاعدة عامة قديمة أن كل شخص له مصلحة له حق رفع دعوى ضد أي عمل أو إجراء يكون قد سبب له ضررا ماديا أو معنويا. مثل هذا المبدأ نجده مكرسا في جميع التشريعات الوطنية والإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتعاون القضائي والمساعدة القضائية. أضف إلى ذلك، أنه من شأن رفع الدعوى ضد الخصم أن تسمح لصاحب الدعوى أن يقدم إدعاءاته وكل الأسانيد المدعمة لها وأن يطلب من القاضي الذي أحيلت إليه القضية الإستجابة لطلباته. هل يمكن تطبيق هذه القواعد على طرفي النزاع أي الدولة المضيفة للإستثمار من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى؟ يكفي هنا، أن نرجع إلى المادة 17 من قانون تطوير الإستثمار لنتأكد من أن هذه المادة بالذات قد سوت بين طرفي النزاع عندما نصت على أن "كل نزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة ...يتم إخضاعه إلى المحاكم المختصة ...." وقد إرتأ المشرع ألا يستعمل عبارات مثل "يستطيع المستثمر" أو "يحق المستثمر" أو "يمكن للمستثمر بناء على إختياره" حتى يترك المبادرة في رفع النزاع لكلا الطرفين بدون إقصاء. من جهة أخرى، حتى وإن سلمنا بأن التحكيم هو الذي إختاره الطرفان قصد تسوية نزاعهما، فإن مثل هذا التحكيم هو إتفاق قبل كل شيء بين طرفين يكلفان بمقتضاه محكم أو عدة محكمين من أجل إيجاد حل بعيدا عن تدخل المحاكم. إنها عدالة خاصة بالنظر إلى العدالة الرسمية للدولة أين الشخص الذي له مصلحة هو الذي يرفع الدعوى. نعتقد، أنه بالرغم من أن التحكيم يعد بمثابة إتفاقا حرا على إخضاع نزاعات الطرفين إلى محكم وحيد أو عدة محكمين، فنرى أنه بمجرد أن تكون الدولة قد قررت القبول بالتحكيم، فهذا يعني أنها مؤهلة أن تكون غدا مدعية في التحكيم أو مدعي عليها. وهذا مؤشر على أنها ممكن أن تكون هي المبادرة إذا لحقها ضرر تسبب فيه المستثمر. ومن هنا، يصبح في الإمكان أن نطبق عليها قاعدة Pas d'intérêt pas d'action. ويصبح من حقها التقاضي بإسم هذه المصلحة. وهذه المصلحة، إلى جانب كونها تجد أساسا لها في وظيفة الدولة الأولى الراعية للمصلحة العامة، فهي أيضا مصلحتها في أن تستدعي المستثمر أمام الهيئة القضائية المختارة طبقا لما نصت عليه الإتفاقية ووقع تكريسه فيما بعد في عقد الإستثمار.

وإنطلاقا من القاعدة المشار إليها، فحق إلتماس المحكمة التحكيمية لن ينفـرد بـه المستثمر فقط على حساب الدولة وإنما يصبح حقا مكفولا للطرفين ويمارسه أحد الطرفين أو على الأقل الطرف الذي له المبادرة الأولى La partie la plus diligente. وعليه، فنعتقد أن منح حق رفع النزاع إلى أي جهة قضائية كانت إلى المستثمر وحده كطرف في النـزاع على حساب الطرف الآخر هو ضمنيا وضع المستثمر في وضعية الضحية وفي مركـز المدعي المتضرر دائما. وهي نظرة تخالف المنطق والقانون والواقع. لأنه في عقد غيـر منفذ جزئيا أو غير منفذ جيدا mal exécuté، المتضرر من عدم تنفيذ هذا العقد، قـد تكـون الدولة أو المستثمر الأجنبي الذي يصبح صاحب الحق والمبادر الأول في رفـع الـدعوى للمطالبة بإصلاح الضرر الذي لحق المشروع، بقطع النظر عن نوع الهيئـة المختصـة بالنظر في النزاع المرفوع أمامها، سواء أكانت هذه الهيئة هي هيئة قضـائية محليـة أم دولية.

وهو نفس الإتجاه الذي أخذت به إتفاقية واشنطن لعام 1956 عندما أقـرت طبقـا للمادة 25-1 المشار إليها سلفا، أنه لا يمكن التمسك بإختصاص المركز بدون أن "يوافـق أطراف النزاع على طرحه (النزاع) عليه". بمعنى آخر، أنه لن يكون هنالك إختصـاص للمركز للنظر في النزاعات القائمة بين دولة متعاقدة وإحدى رعايا دولة أخرى متعاقـدة، إذا لم يبدي طرفا النزاع موافقتهما على عرض نزاعهما القانوني على المركز للفصل فيه. مما يعني، أنه لا يمكن أن يكون للواحد حرية المبادرة في إلتماس المركـز دون موافقـة الطرف الآخر أيضا. وهو ما يؤكد تبني المركز لمبدأ الرضائية عند مباشـرة إجـراءات التحكيم أمامه وكذلك تكريس مبدأ التوازن بين طرفي النزاع.

وللتأكيد على حرية كل طرف في أن يختار الوسيلة الأكثر ملائمة في نظره لحـل النزاع، نصت المادة 26 هي الأخرى من نفس الإتفاقية على أنه أولا، طرح التحكيم على المركز يبقى مرهونا بإتفاق الطرفين. ثانيا، وبعد أن أوضحت بصفة لا يرقى إليها الشـك أن إختيار التحكيم يعد تخليا في حد ذاته عن أي طريقة أخرى للتسوية، أضـافت نفـس المادة أن هذا الإختيار يبقى ممكنا "ما لم ينص على غير ذلك". مما يعني بصريح العبارة، أن إختيار أي وسيلة أخرى لحل النزاع غير التحكيم هو إختيار ممكـن وهـو وموكـول

للطرفين وليس لطرف واحد، خاصة وهي تتكلم عن هذا الإختيار فهي تستعمل صيغة "أطراف النزاع" في الجمع. وهي بذلك، لا تقصد طرفا واحدا دون الآخر. إلا أنه يمكن للدولة – حسب نفس المادة – أن تشترط لموافقتها على إخضاع النزاع للتحكيم إستيفاء طرق التسوية الداخلية. يبدو من أول وهلة، أن هنالك عدم توازن بين طرفي النزاع بالنسبة لهذا الشرط، إذا أخذنا في عين الإعتبار أن إجراءا مسبقا وملزما مثل شرط إستيفاء طرق الطعن الداخلية قد يعد من باب الإجحاف في حق المستثمر. إلا أننا نعتقد أن عدم التوازن هذا ليس إلا ظاهريا حتى وإن قلنا أن العديد من العناصر الموضوعية هي في صالح إختيار الدولة. إلا أن النص من جهة أخرى، قد إستعمل في إطار هذا الشرط عبارة "يجوز للدولة" مما يعني، أن إختيار طرق الطعن الداخلية هي ليست وجوبية وإنما جوازية لكونها تخضع لإرادة الدولة. مما يعني أيضا أن هذه الإمكانية الممنوحة لها من طرف الإتفاقية ممكن ألا تعمل بها. ثم في مرحلة ما بعد الإختيار، أي في مرحلة الشروع في مباشرة التحكيم، فإن الإتفاقية تقضي في مادتها السادسة والثلاثين بأن على "الدولة المتعاقدة أو إحدى رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى التي ترغب في اللجوء إلى التحكيم أن تقدم طلبا كتابيا في ذلك". المهم، هو أنه بالنسبة للشروع في إجراءات التحكيم فالمبادرة هي بيد الطرفين وليس بيد طرف واحد على حساب الطرف الآخر.

وخلاصة القول، أنه للتأكيد على مبدأ التوازن بين طرفي النزاع، فإنه حتى بالنظر إلى قواعد رفع الدعاوي سواء على مستوى الهيئات القضائية المحلية أو الدولية، وقد أخذنا كمثال على ذلك المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار، فإن حرية المبادرة بمباشرة الدعوى أمام هذه الهيئة أو تلك، تبقى مفتوحة لطرفي النزاع بدون حيف ولا إجحاف في حق أحدهما على الآخر. وهي تظل إختيارية وليست إجبارية، ولكن فقط في حدود المبدأ الذي ينص على أنه "لا دعوى بدون مصلحة". وهي قاعدة مثلما هي مطبقة في النظام الداخلي، فنعتقد أنه يمكن أن تلقى مجالا للتطبيق في المجال الدولي الخاص، ذلك أن المتضرر سواء أكانت الدولة أو المستثمر الأجنبي فكل واحد له الحق في مباشرة الدعوى أمام الهيئة القضائية التي يختار، ولكن بشرط بعد رضاء الطرف الآخر. لأنه في حالة عدم إستجابة الطرف الآخر، فربما نشهد شللا في الإجراءات. والأفضل

إذن، أن تترك المبادرة للطرفين في النزاع بدلا لصالح طرف واحد. يبقى أن نلاحظ، أنه في حالة إختيار هذه الهيئة أو تلك، فإن هذا الإختيار مثلما عبرت عنه بعض الإتفاقيـات يجب أن يكون نهائيا.

في خصوص هذه النقطة بالذات، وخلال عملية مسح قمنا بها لعدة إتفاقيات ثنائيـة للإستثمار، لاحظنا وجود نوعين من الإتفاقيات، واحدة تنص صراحة علـى أن إختيـار المستثمر لإحدى الهيئات القضائية هو إختيار نهائي. أما إتفاقيات أخرى، فهي تسكت عن الصفة النهائية للإختيار بالنسبة للجهة التي يريد المستثمر أن يرفع أمامها النزاع. لمـاذا الإختيار هو نهائي في بعض الإتفاقيات، ولماذا السكوت عنه في إتفاقيات أخرى؟ وفي كلا الحالتين، ما مدى تأثير ذلك على مستوى تسوية النزاع؟

بالنسبة للصفة النهائية لإختيار المستثمر لإحدى الهيئات القضائية سـواء أكانـت محلية أو دولية، فهي تؤكد أغلبها إن لم نقل جميعها على أنه لا يمكن في جميع الأحـوال أن يختار المستثمر هيئتين قضائيتين معا. وقد تختلف الصياغة من إتفاقية إلـى أخـرى، ولكن تصب جميعها في هدف واحد وهو منع المستثمر من أن يختار في أن واحد أو فـي أوقات متباعدة هيئتين قضائيتين مختلفتين. ولكن لماذا هذا المنع؟ وبعبـارة أخـرى، مـا الفائدة المرجوة من منع المستثمر من أن يستعمل هذه الهيئة أو تلـك، علمـا أن إختيـار المستثمر هو في غالب الأحيان مقسم بين الهيئة القضائية المحليـة أو التحكـيم بنوعيـه المؤسساتي والحر؟

بالنسبة للفقيه P. Juillard (175) إن اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو إلى التحكيم يجب أن يكون إختيارا نهائيا تطبيقا لمبدأ أن هناك "طريق وحيد للإختيار" una via électa، لأنـه كما قال، "لا يمكن أن نتصور أن مستثمرا ما، لا يعجبه قرار صادر عن هيئـة قضـائية عليا لدولة معنية، يحاول بعد ذلك، أن يحصل من المركز الـدولي لتسـوية المنازعـات الناشئة عن الإستثمار على قرار مغاير للقرار الأول، ويؤكد الفقيه Juillard في نفـس الإتجاه، "أن إمكانية إخضاع النزاع إلى المحاكم الداخلية من شأنها أن تثير مسألة التطابق

(175) Juillard. P, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France : à la recherche d'un droit perdu », DPCI, n° 1, 1987, p. 09.

بين هذه الإمكانية المتاحة للمستثمر والمادة 26 من إتفاقية واشنطن التي تنص علـى أن رضاء الطرفين باللجوء إلى التحكيم يؤدي بالنتيجة إلى التخلي عن إستعمال طرق الطعن الداخلية" (176). وفي رأينا، أن موقف الفقيه Juillard لا يختلـف كثيـرا عـن الإتفاقيـة الجزائرية البلجيكية التي تنص في أحد بنودها على أنه، إلى جانـب "الموافقـة المسـبقة والقطعية" (177) على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة قضائية لحل الخلاف، فإنها تؤكـد مـن جهة أخرى، على أن هذه الموافقة تعني التخلي عن شرط الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية في شقيها الإداري، والقضاء العادي. وهذا يعني، أن إختيار التحكـيم يجـب أن يكون في شكل موافقة مكتوبة وقطعية لا يمكن التراجع عنها. وقد يفيد أيضا، أن إختيـار التحكيم، يجب أن يفسر على أنه تخل ضمني من جانب الدولة عن إستعمال طرق الطعـن الداخلية. إلا أنه بالرغم من ذلك كله، فقد إشترطت الإتفاقية موافقة ملازمة ومتزامنة مـع الموافقة الأولى على إخضاع النزاع إلى التحكيم. أما عن عـدم اللجـوء إلـى الوسـائل الداخلية، فيجب أن يكون هو الآخر في شكل موافقة صريحة. ولهذا الغرض، جاء البنـد المتعلق بهذا الباب في الإتفاقية الجزائرية البلجيكيـة اللكسـومبرغية مفصـلا وواضـحا وصريحا، إذ إشترط على أن يشمل مبدأ عدم الإستنفاذ المسبق لطرق الطعـن الداخليـة الوسيلتين، القضاء الإداري والقضاء العادي. بالنسبة للقضاء الإداري، نعتقد أن مثل هـذا الشرط قد لا يستثنى حتى أعمال السيادة Les actes de puissance publique التي قد تلجأ إليها الدولة والتي هي مبدئيا تعد من مشمولات الإختصاص الإداري، في حالة نشوب نزاع بين الدولة كطرف متعاقد وبين المستثمر الأجنبي، خاصة وأنه جرى وإلى مدة غيـر بعيـدة إعتبار التحكيم إنتهاكا للسيادة القضائية على أساس أن الأعمال التي يضفي عليهـا صـفة السلطة العمومية يجب أن تخضع لإختصاص القضاء الإداري (178).

---

(176) Belaid. S, « La Tunisie et l'arbitrage commercial international » 2-3-4 novembre 1981, compte rendu, in RTD, 1981, p. 755 et s.

(177) راجع المادة 9-2 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية، ص. 1778.

(178) Bouzana. B, Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, OPU – Publisud, Alger-Paris, 1985, thèse, p. 147 et s.

وخلافا لهذه الإتفاقية، نلاحظ أن إتفاقيات أخرى مثل الإتفاقية الجزائرية الفرنسية والإتفاقية الجزائرية القطرية وكذلك الإتفاقة الجزائرية المالية لا تشترط موافقة مسبقة وقطعية على عدم اللجوء إلى الوسائل الداخلية في حال إختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار. وإنما إكتفت بالتأكيد على أن إختيار هذه الهيئة أو تلك يجب أن يكون إختيارا نهائيا. وبعبارة أخرى، فهي لم توضح إن كان هذا الإختيار يجب أن يكون مسبقا أو قطعيا معا. مما يدفع إلى التسآل إن كان السكوت عن الصفة التي يجب أن يكون عليها هذا الإختيار، هو فتح الباب بطريقة غير مباشرة أمام المستثمر الأجنبي لكي يتراجع عن إختياره في أية لحظة؟ نعتقد في الواقع، أن الإتفاقيات المشار إليها لما إكتفت بذكر الصفة النهائية ولم تلحق بها صفتي الأسبقية والقطعية، فهذا قد يعد ترخيصا ولو ضمنيا للمستثمر بأن يتراجع عن إختياره، لأن النهائية قد تفيد لوحدها بأن هذا الإختيار هو قطعي لا محالة. أما عن صفة الأسبقية فهناك حالتان يجب عرضهما. ففي الحالة الأولى، يمكن أن يتفق الطرفان قبل نشوب النزاع على إعطاء موافقتهما على إختيار هذه الهيئة التحكيمية دون الأخرى في صاب الشرط التحكيمي Clause compromissoire. أما في الحالة الثانية، فبالإمكان أن يعبر الطرفان عن إختيارهما لإحدى الهيئات التحكيمية في وقت نشوب النزاع المتعلق بالإستثمار ولكن هذه المرة في شكل إتفاق على التحكيم un compromis.

الملاحظ هنا، أن الإتفاقية البلجيكية اللكسومبرغية كانت أكثر دقة وأكثر صرامة من الإتفاقات التي أعقبتها. وهي بذلك لم تفعل سوى تكريس المادة 25-01 من إتفاقية واشنطن التي تتطلب بالنسبة للموافقة على رفع النزاع أمام المركز أن تكون هذه الموافقة مكتوبة وقطعية ومسبقة.

أما بالنسبة لسكوت بعض الإتفاقيات عن الصفة النهائية لإختيار المستثمر، وهو ما لاحظناه في الإتفاقية الجزائرية الإيطالية (179) والجزائرية الإسبانية (180) والجزائرية

(179) راجع المادة 8-2 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، ص. 1782.

(180) المادة 11-2 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية، ص. 09.

السورية (181) وكذلك الجزائرية المصرية (182) والجزائرية الرومانية (183) فإنـه يطـرح سؤالين: لماذا هذا السكوت؟ وما إنعكاساته على المستثمر المدعو لإختيار إحدى الهيئـات القضائية حتى يجد النزاع طريقه للحل؟ مبدئيا، إن سـكوت بعـض الإتفاقـات الثنائيـة للإستثمار قد يعني أمرين إثنين. الأمر الأول، إما أن إختيار الهيئات القضائية يعني ضمنيا أن هذا الإختيار لا يمكن أن يكون إلا نهائيا، بما أن الإختيار يجب أن يقع على واحدة فقط من الوسائل القضائية المعروضة على المستثمر وليس على عدة هيئات. وقد يعني أيضـا سكوت الإتفاقية، أن المستثمر يمكن أن يختار إحدى الوسائل القضائية وأن هذا الإختيـار يمكن ألا يكون نهائيا. حتى وإن كان محصورا بين حلين أو ثلاثة، خاصة وأن أغلب هذه الإتفاقيات تستعمل كلمة "إما" أو "إما". مما يفيد، أن إختيار المستثمر قد يقع على هذه الهيئة أو تلك.مما يفيد أيضا، أن إختياره لن يكون إلا نهائيا بسبب ضيق مساحة هذا الإختيـار. ولكن حتى في هذه الحالة، فالسكوت عن الصفة النهائية للإختيار قد يفسر أيضا علـى أن للمستثمر الحق في أن يختار إحدى الوسائل القضائية، كما أن له الحق في التراجع عنها. إلا أن عدم التأكيد على أن إختيار هيئة قضائية ما ومنع المستثمر من إختيار أخراها قـد يدفع ببعض المستثمرين وحتى المحللين إلى القول، بما أن هذا الإختيـار لـيس إختيـارا نهائيا، فإن المستثمر يمكن له أن يتراجع عن هذا الإختيار في أية لحظة. وإن كان عمليـا لا يمكنه ذلك، لأن الإختيار يجب أن يكون كتابيا. فمثلا، إذا وقع إختيـاره علـى تحكـيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار فمن الضـروري طبقـا للمـادة 25-1 في هذه الحالة، أن يمتثل إلى مقتضيات هذه المادة والتي من بين شروطها حتـى يكون المركز مختصا في النزاع المثار أمامه أن يكون الرضاء بتحكيمها مكتوبا ومسـبقا وقطعيا.

ولكن مهما إختلفت صور الإختيار، فإن سكوت أي إتفاقية عـن الصـفة النهائيـة لإختيار المستثمر سيقودنا إلى البحث عن الإرادة الضمنية للطرفين في الإتفاقية أو الإكتفاء بتفسير هذه الأخيرة تفسيرا حرفيا وليس على نحو واسع حتى لا يقع تحريفها.

(181) أنظر المادة 6-1 من الإتفاقية الجزائرية السورية، ص. 06.

(182) راجع المادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية المصرية، ص. 07.

(183) أنظر المادة 1-2 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، ص. 05.

ولكن ماذا عن مصير تسوية المنازعة في هذه الحالة؟ في مثل هذه الظروف يبـدو لنا أنه يوجد إفتراضان لا ثلاث لهما. الإفتراض الأول، هو أن المستثمر سوف يعمد إلـى إختيار إحدى الهيئات القضائية بصفة نهائية على أساس أن التعبير الذي جاءت به الإتفاقية بإستعمالها " إما" أو "إما" يفيد أنه لن يكون له إلا إختيار وحيد. وهذا الإختيار، لا يمكن أن يكون إلا نهائيا ولا رجعة فيه. وبالنتيجة فإن تسوية النزاع يكون طبقا للوسيلة المختـارة. أما الإفتراض الثاني، هو أنه في غياب الصفة النهائية والقطعية للإختيار، فسـوف ربمـا يختار إحدى الوسائل المعروضة عليه ثم يعدل عن هذا الإختيار، فيختار وسيلة أخرى قد يراها أكثر ملائمة له.

ولكن الإختيار المزدوج للهيئات القضائية في هذه الحالة، لن يكون كذلك بدون أن ينعكس على مصير التسوية. فمثلا في حالة إختيار الهيئـة المختصـة للبلـد المضـيف للإستثمار ثم العدول عن هذا الإختيار قبل صدور الحكم أو بعده ثم اللجوء بعـدها إلـى تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار. فسوف يجد المستثمر نفسه أمام حكمين، الأول صادر عن محكمة وطنية والآخر صادر عن محكمة تحكيمية ليسـت لهما نفس الطبيعة القانونية ونفس درجة القوة التنفيذية la force exécutoire بالنسـبة للحكـم الذي ستصدره هذه المحكمة أو تلك.

وقد نشهد تناقضا بين الحكمين. وزيادة على هذا وذاك وكما قـال الفقيـه Juillard سوف نجد عدم تطابق بين اللجوء المسبق إلى المحاكم الوطنية واللجوء إلى تحكيم المركز الذي تشير المادة 26 من الإتفاقية المنظمة له إلى أن إلتماسه من قبل أحد طرفي النـزاع، يعد في حد ذاته تخل عن إستعمال طرق الطعن الداخلية. مما يثير التساؤل عن الجـدوى إذن من اللجوء أولا إلى المحاكم الوطنية ثم إلتماس المركز. لأننا نعتقد أن هذه الوضـعية من شأنها ألا تساعد على إيجاد حل للنزاع وهي بالتالي أيضا قد تفـرغ الصـفة البديلـة للإختيار Caractère alternatif من أي محتوى.

ولكن الإتفاقيات الثنائية لم تكتف بوضع خيارات عملية لصـالح المسـتثمر حتـى يختار ما يريد من الهيئات القضائية، بل رسمت للهيئة القضائية خيارات أخـرى تتعلـق

بالقانون الواجب التطبيق على النزاع وهي الهيئة التي عليها بعد فحـص دقيـق لأوراق القضية أن تصرح بالقرار التحكيمي.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق والقرار التحكيمي

نصت كل الإتفاقيات على تعيين القانون الواجب التطبيق رغم تخوف المسـتثمرين الأجانب من القانون الوطني للدولة التي ينجز على إقليمها الإستثمار (المطلب الأول) كما تعرضت إلى القرار التحكيمـي الـذي سيفصـل بواسـطته المحكمـون فـي النـزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق

بادئ ذي بدأ، نقصد في المقام الأول، بإجراءات سير المنازعـة، تلـك القواعـد الإجرائية التي يتعين إتباعها بعد تشكيل محكمة التحكيم أو تلك المقامة أمام الهيئة القضائية المختصة للدولة المضيفة للإستثمار أو للمستثمر. أما عن القانون الواجب التطبيق علـى الإجراءات، فعادة ما يجري إستعمال هذا القانون لتمييزه عـن القـانون المطبـق علـى موضوع النزاع. وهكذا، "فالقانون المطبق على إجراءات التحكيم مثلا، ليس بالضـرورة هو الذي يطبق على موضوع النزاع" وهو مبدأ إستقر عليه القضاء الفرنسي منذ القرارين القضائيين Diefenbacher (184) إلى يومنا هذا (185) ومن جهة أخرى، فنجد أن نفس المبـدأ هو مكرس من طرف فقه القضاء التحكيمي في العديد من القضايا (186).

بالنسبة للإتفاقيات الثنائية موضوع بحثنا هذا، فإن أغلبها تشير إلى وسـيلتين مـن أجـل تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، إما بالرجوع إلـى المحكمـة المختصـة للدولـة المضيفة للإستثمار أو إلى التحكيم بنوعيه إما المؤسساتي أو الحر.

(184) Rev.arb, 1975, p. 179, note J. Robert.
(185) V. par exp Cass, 1er Ch. civ, 18 mars 1980, Bull I, n° 87, JDI, 1980, p. 874, note E. Loquin, Cass 1er Ch. Civ. 10 mai 1988, Rev.arb 1989, p. 51 note J. L Goutal.
(186) – Voir par exp la sentence rendue le 26 mai 1965 sous l'égide de la chambre de commerce et d'industrie bulgare, Yearbook, 1976. 123. La sentence rendue le 23 août 1958 par MM G. Sauser Hall, Président, Hassan et Saba Habachi, arbitres, dans affaire Aramco / Arabie Saoudite, Rev.crit, DIP, 1963, 272. Battifol. H « La sentence et le droit international privé », Rev.crit. DIP, 1964, 647. Ou la sentence CCI, n° 5029 rendue en 1986 par M. Malmberg, Yearbook, 1987.

إن التحكيم المؤسساتي يمكن أن يتمثل في المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات أو في التحكيم التابع للغرفة الدولية للتجارة وكذلك في تحكيم محكمة الإستثمار العربية كهيئة قضائية جهوية للتحكيم المؤسساتي. أما النوع الآخر من التحكيم، فهو التحكيم الحر الذي يأتي - مثلما لاحظناه في السابق - في غياب اللجوء إلى إختصاص المحاكم الوطنية أو إلى تحكيم هيئة تحكيمية مؤسساتية.

إن معرفة القانون المطبق على إجراءات سير المنازعة هي في الحقيقة مرتبطة بنوع الهيئة القضائية المختارة، سواء أكانت هيئة وطنية أم تحكيمية. إن الأسئلة التي تطرح بإلحاح في هذا الجانب، وبعد قرائتنا لأغلب الإتفاقيات الثنائية المنشورة هي: من يحدد القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة؟ وكيف؟ وما هي النتائج القانونية المترتبة عن تحديد مثل هذا القانون؟

لا أحد يختلف مثلا أنه في حال إختيار الطرفين للمحكمة المختصة للدولة المضيفة للإستثمار كمحكمة مدعوة للنظر في المنازعة، فإن القانون المطبق على الإجراءات هو القانون الوطني للدولة المضيفة. وهذا القانون بقدر ما هو يعبر عن إلتقاء الإرادة الحرة للطرفين على قانون واحد، فهو يعكس من جهة أخرى، بالنسبة للدولة المضيفة، إرادة هذه الأخيرة في فرض السيادة القضائية، ومن ثمة السيادة التشريعية على إجراءات المنازعة في إطار نظامها الداخلي. ومن نتائج هذا الإختيار، هو وحدة القانون المطبق على الإجراءات وخضوع طرفي النزاع إلى نفس الإجراءات التي يحكمها قانون الدولة المضيفة، بالإضافة إلى وجود تلازم للإختصاص القضائي للمحكمة مع الإختصاص التشريعي للدولة المضيفة.

أما إذا وقع إختيار الطرفين على التحكيم، فيختلف هنا القانون المطبق على إجراءات التحكيم بإختلاف نوع التحكيم المختار إذا كان مؤسساتيا أم حرا. ولكن في جميع الحالات من الذي يحدد القواعد الإجرائية، الطرفان، الدولة أو المستثمر الأجنبي؟

بالنسبة للتحكيم المؤسساتي، إذا وقع إختيار طرفي النزاع مثلا: على تحكيم "سيردي" فإنه طبقا لهذا التحكيم يحق للطرفين أن يختارا من القواعد الإجرائية ما يريانه مناسبا. أما في غياب إرادة صريحة من جانب الطرفين في تحديد القواعد المطبقة على

إجراءات سير المنازعة أو إذا حصل خلاف بينهما، فإن للمحكمين مطلق الحرية في تحديد هذه القواعد بالرجوع أو لا إلى أي قانون يختارونه. وقد يكون هذا القانون المختار من طرف المحكمين هو قانون مكان التحكيم. إلا أن أغلب الفقهاء، يعتبرون أن مثل هذا القانون سوف لن يكون له أي إنعكاس على مصير الإجراءات المتبعة أمام المحكم لأن تحكيم المركز هو بطبيعته تحكيم غير موطن arbitrage délocalisé.

نفس المبدأ أخذت به لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة. وهكذا، فإن تحديد القانون المطبق على القواعد الإجرائية يتم طبقا لهذه اللائحة. أما في حال سكوت هذه الأخيرة، فإن الطرفين هما اللذان يقومان بتحديد ذلك القانون. أما في غياب مثل هذا الإختيار، فإن للمحكمين سلطة تحديد القانون الذي يحكم إجراءات سير التحكيم.

ولكن على أي أساس يتم تحديد هذه القواعد؟ للإجابة عن هذا السؤال، يجب الرجوع إلى المادة 15 من لائحة التحكيم التابعة للغرفة والتي تنص على أن "القواعد المطبقة على الإجراءات أمام المحكم هي تلك الناتجة عن هذه اللائحة وفي حال سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي تحددها الأطراف أو في غياب ذلك، المحكم بالرجوع أم لا إلى قانون داخلي للإجراء على التحكيم"

الملاحظ هنا، أن تحكيم الغرفة هو تحكيم منظم تسري عليه أحكامه اللائحية التي تتعلق بإجراءات "التقاضي". ومن نتائج إختيار أطراف المنازعة لقضاء هذه الهيئة الدولية، هو الإذعان للقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم التابعة لها. أما في حال غياب مثل هذا الإختيار، فإن للمحكم السلطة الواسعة في تحديد القواعد الإجرائية التي يجب أن تسري على المنازعة المثارة أمامه ولكن كيف؟ في هذه الحالة، يمكن للمحكم أن يحدد القواعد المطبقة على الإجراءات بالرجوع إلى قانون داخلي للإجراءات يطبق على التحكيم. وقد يكون هذا القانون الداخلي قانون أحد الطرفين أم قانون داخلي أجنبي. وحتى إذا إفترضنا أن الإختيار قد وقع على قانون الدولة المضيفة للإستثمار وليس على قانون الطرف الآخر أي المستثمر الأجنبي، فإن الأستاذ Yves Derains يعتبر "أن الدولة بحكم ما تمتع به من طبيعة خاصة فإنه لا يمكن لها أن تتصرف على مستوى الإجراء التحكيمي

بنفس السرعة ونفس المرونة التي تملكها مؤسسة خاصة" (187). ولكن بالمقابل كما أوضح الأستاذ، فهذا لن يمنع محكمي الغرفة وهم مدعون إلى وضع إجراءات خاصة بكل قضية يعالجونها أن" يحددوا بالمناسبة قواعد إجرائية عملية ومكيفة بحسب الطبيعة الخاصة لكل طرف حتى يجعلوا من مبدأ المساواة في المعاملة بين الطرفين حقيقة ملموسة" (188).

ولكن هل يعني أنه في غياب إختيار الطرفين للقواعد الإجرائية يمكن للمحكـم أن يختار قانون مكان التحكيم كقانون مطبق على الإجراءات؟ منذ مدة وفقه قضـاء الغرفـة يعتمد في تحديده للقواعد الإجرائية على قانون مكان التحكيم (189) ثم شهد هـذا القـانون معارضة شديدة نظرا لعدم وجود صلة وثيقة بينه وبين النزاع. ولكن بالمقابل، فقد منحت لائحة تحكيم الغرفة حرية واسعة للمحكم في أن يحدد القانون الواجـب التطبيـق علـى الإجراءات. ولكن ليس بالحرية التي يريد، بما أن على المحكم أن يخضع في تحديده لهذه القواعد إلى المبادئ العامة الأساسية التي تحكم عادة الإجراءات كإحترام حقـوق الـدفاع والمساواة بين الأطراف.

ولكن، وبما أنه ليس هنا هو المقام لتحليل الإجراءات المقامة أمام هـذه الهيئـات القضائية الدائمة وبما تمثله من تحكيم مؤسساتي، فإننا نقول، أنه يكفي للطرفين أن يختارا إحدى هذه الهيئات السالفة الذكر للإذعان بشكل مباشر وكلي للقواعد الإجرائية المقررة في لوائحها والتي أصبحت مع مرور الوقت تشكل في حد ذاتها قانونا مستقلا.

أما عن النوع الآخر من التحكيم، ونقصد به التحكيم الحر، فإن أغلـب الإتفاقيـات (190) التي إطلعنا عليها، تشير إلى أن تحديد الإجراءات يتم من طرف المحكمة المؤقتـة. ويكون ذلك إستنادا سواء إلى نصوص نظام اللجنة الأممية للقـانون التجـاري الـدولي "كنودسي" CNUDCI مثلما قررته اللجنة (191) أو بالإعتماد على تنظيم اللجنة الأممية

---

(187) Derains. Y, « Les arbitrages de la CCI et les pays en développement », in les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, colloque, 2 – 3 – 4 novembre 1981, CERP, Tunis 1983, p. 26.
(188) Ibid, p. 27.
(189) Voir la sentence CCI, n° 2272, Yearbook, 1977, p. 151.

(190) بإستثناء الإتفاقية الجزائرية القطرية التي إختارت قواعد "أونيسترال" (UNISTRAL).

(191) راجع المواد 8-2 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية والمادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية المصرية والمادة 11-2 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية والمـادة 7-2 مـن الإتفاقيـة الجزائريـة الرومانية. أنظر نصوص هذه المواد في المراجع السابقة.

للقانون التجاري الدولي، ولكن ليس كما قررته اللجنة، ولكن بإعتباره فقط مجرد نموذج يعمل به من أجل ترتيب إجراءات يسير عليها النزاع في مثل هذه الحالات الخاصة (192).

وتتميز بعض الإتفاقيات عن غيرها في التأكيد على أنه مـع تطبيقهـا لأحكـام تنظـيم، "كنودسي" CNUDCI فهي لا تأخذ في الحسبان لدى تطبيقها لهذه الأحكام سوى مـا تعلـق منها بالقواعد الإجرائية التي هي سارية المفعول. وقد يطرح السؤال هنا فيمـا إذا طـرأ مثلا، تغيير على هذه الأحكام التي تنطبق على إجراءات المنازعة، فهل تأخـذ المحكمـة بالتنظيم القديم الذي اختيرت القواعد الإجرائية في إطاره أم بأحكام التنظيم الجديـد عنـد فصلها في النزاع؟ إن بعضا من هذه الإتفاقيات (193) لم تتكلم إلا عـن لائحـة التحكـيم السارية المفعول، مما يعني أن المحكمة عند تحديدها للقـانون الواجـب التطبيـق علـى إجراءات سير المنازعة، لا يمكن أن تأخذ باللائحة القديمة في وجود لائحة تحكيم جديـدة سارية المفعول إبان عملية تحديد المحكمة لقواعدها الإجرائية.

وعلى صعيد آخر، تنفرد إتفاقية أخرى وهي الإتفاقية الجزائرية المالية بالتأكيد على أنه في حال اللجوء إلى التحكيم الحر طبقا للتنظيم الأممي للقانون التجاري الـدولي لـن يكون هذا اللجوء بصفة آلية، ذلك أنه يمكن للطرفين الإتفاق عليه كما يمكن ألا يتفقا عليه أو أن يتفقا على تعديله بعد إعتماده كمرجعية في تحديد القواعد الإجرائية. أمـا إذا إتفقـا عليه، فتشير الإتفاقية على أن مثل هذا الإتفاق لا يمكن أن يكون إلا كتابيـا. إن الإتفاقيـة المشار إليها عندما أكدت من جهة، على أن المحكمة تحدد قواعد إجراءاتها طبقا لتنظـيم "كنودسي" ومن جهة أخرى، إشتراطها على أن يكون اللجوء إلى مثل هذا التنظيم يجب أن يكون في شكل إتفاق كتابي. نعتقد أنها تكون بذلك قد عقدت نوعا ما، من عمليـة تحديـد القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة. لأننا نرى أيضا، أن طرح الإتفاق كشرط لإستعمال لائحة التحكيم لـ "كنودسي" وإضفاء الشكلية على هـذا الإتفـاق قـد لا يسمح بالمرونة اللازمة لعمل المحكمة بصفتها محكمة خاصة، عادة ما تتمتع بحرية أكبر عند تحديد قواعد سير المنازعة خلافا لأي هيئة تحكيمية دائمة.

(192) أنظر المادة 9-2 من الإتفاقية الجزائرية المالية، المرجع السابق.

(193) راجع المادة 8-2 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، المرجع السابق، ص. 6. والمادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية، مرجع السابق، ص. 6.

ولكن من جهة أخرى، إن قراءة بديلة لنص المادة 9-2 من الإتفاقيـة الجزائريـة المالية قد تسمح بالقول بأن الشكلية الموجبة للإتفاق التحكيمي ربما تعد محاولة لإضـفاء قدر من الفعالية على عملية تحديد القواعد الإجرائية حتى لا يترك للمحكمة وحدها حريـة تحديد هذه القواعد، كيفما شاءت، حتى وإن كان مثل هذا التحديد سوف تعتمد فيه المحكمة على لائحة تحكيم مسبقة. ويذكرنا الشكل الكتابي للإتفاق على لائحة تحكـيم "كنودسـي" بالشرط الشكلي الذي يتطلبه الرضاء بالتحكيم في إتفاقية واشنطن، مع الفارق أنه في حال الإتفاقية الجزائرية المالية فهو جوازي بما أن الإتفاقية تستعمل عبارة "يمكـن للطـرفين" بينما في حالة إتفاقية "سيردي" فهو إلزامي (194).

في الحقيقة، وخارج هذه الحلول المقدمة من قبل هذه الإتفاقيـات الثنائيـة، فثمـة إتجاهان رئيسيان يتنازعان هذه الإجراءات. الإتجاه الأول، وهو الإتجاه الغالب فهو ينصح بإعتماد القانون الذي يختاره الخصوم لسير المنازعة إعمالا لمبدأ سـلطان الإرادة. أمـا الإتجاه الثاني، فيأخذ بقانون الدولة الذي يجري على إقليمها التحكيم. ولكن يكفينا في هـذا المقام الرجوع إلى القواعد الإجرائية المطبقة وفقا لتلك الخاصة بلجنـة الأمـم المتحـدة للقانون التجاري الدولي للتأكيد على أن القانون الذي يربط المحكمة بالنسبة لضبط قواعـد سير المنازعات أمامها هو القانون الذي تختاره الخصوم، لأن هؤلاء هم أحرار طبقا لهذا النظام في أن يختاروا مباشرة وبكل حرية الإجراء التحكيمي (195) ومكان إجراء التحكـيم (196) وكذلك الشكل الذي يجب أن يكون عليه التحكيم (197). وبـديهي، أن يكـون لإرادة الخصوم في مثل هذا التحكيم دور رئيسي في إختيار القانون الذي يحكم سير المنازعـة، سواء أكان هذا الإختيار قد تم بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. وفي هذا البـاب، يلعب قانون مكان التحكيم دورا إحتياطيا أو مساعدا وإن كان الخلاف على مستوى هـذه النقطة بالذات يدور ومنذ مدة حول الأفضلية بين قانون الإرادة وقانون مكان التحكيم (198).

---

(194) أنظر المادة 9-3-ب فقرة 3 من الإتفاقية الجزائرية المالية، المرجع السابق، ص. 11.
(195) مادة 15.
(196) مادة 20.
(197) مادة 24-1.
(198) Derains. Y, « Le choix du lieu de l'arbitrage », Rev. Dr. Aff. Int. 1986, n° 2, p.9.

وقصد ضبط إجراءات التحكيم، فإن الأفضلية بالنسبة لنظام "كنودسي" هو قـانون الإرادة الذي يستند في جوهره إلى الطبيعة الإتفاقية للتحكيم الحر.

وبالرغم من وجاهة هذا التبرير، إلا أن العديد من الفقهاء يعيبون عليه أنه كثيرا ما يصطدم ببعض العقبات، من بينها عدم وضوح الإختيار أو غيابه أصلا (199) ومن ثمـة البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف (200). إلا أنه يمكن التساؤل أيضا عن معنى قـانون "مكان التحكيم"، هل يقصد به قانون الدولة التي تجلس بها هيئة التحكيم لأول مرة أم قانون الدولة التي يصدر فيها القرار التحكيمي؟ وقد يختلف القانون في الحالتين بل والأخطر من ذلك هو الطبيعة "الصدفية" occasionnel لإختيار هذا القانون والذي قد يكون أحيانا نتيجـة للمزاح السياحي للمحكمين ويكون منبت الصلة من قريب أو من بعيد بـالنزاع. وبمعنـى آخر، أن الأفضلية في هذا المضمار هي للقانون الذي يختاره الخصوم في المنازعـة. ولا مجال لقانون مكان التحكيم إذا كان إختيار الخصوم قد وقع على هـذا القـانون بصـورة قاطعة وصريحة. أما في غياب هذا الإختيار، فيكون اللجوء إلى قانون دولة مكان التحكيم ليحكم إجراءات سير المنازعة أمر يفرضه الواقع.

ومن جهة أخرى، قد لا يتفق الخصوم في المنازعة مثلما هـو وارد فـي أغلـب الإتفاقيات الثنائية على القواعد التفصيلية المتعلقة بسير إجراءاتها وقد لا يختارون أيضـا قانونا معينا ليحكم إجراءات سير هذه المنازعة، وإنما يتركون هذا الأمر للمحكمين أنفسهم ليحددوا تلك الإجراءات على ضوء ما قد يرونه مناسبا. وهو ما لاحظناه في العديد مـن الإتفاقيات الثنائية، حيث تتولى هيئة التحكيم عوضا عن الأطراف سلطة تحديد قواعـدها الإجرائية (201). وفي مثل هذه الظروف يكون من حق المحكمين أن يختاروا من القواعـد ما يرونها ملائمة كأن يطبقوا كل القواعد الإجرائية التي تتضمنها لائحة تحكيم "كنودسي" أو أن ينتقوا بعضا منها فقط.

---

(199) Dans certaines conventions bilatérales, il y a tout simplement défaut de désignation du droit applicable à la procédure. Côté doctrine, voir Goldman. B, « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre international », Rev.arb. 1981, p. 469.

(200) Fouchard. Ph, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », JDI, 1982. 375, n° 25.

(201) مثلما جاء على سبيل المثال في المادة 8-3 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية وكذلك في المادة 7-2 من الإتفاقيـة الجزائرية الأردنية.

ويبدو واضحا، أن المحكم بوجه عام، يملك بهذا الخصوص سلطات أوسع بل وغير معترف بها حتى لقضاء الدولة (202). ويستطيع تبعا لذلك، أن يحدد الإجراءات الواجب إتباعها أيا كان المصدر الذي تستقى منه هذه الإجراءات، بشرط ألا يكون في هذه الإجراءات المختارة من قبل المحكم إخلالا بحقوق وضمانات الدفاع وبالمساواة والعدالة بين الخصوم (203). وقد أتبعت هذه الوسيلة في بعض مشارطات تحكيم الحالات الخاصة مثل التحكيم الذي تم بين الشركة العربية الأمريكية للزيوت والمعروفة بإسم Aramco وحكومة العربية السعودية، إذ نصت المادة 4 من إتفاق التحكيم الذي كان يربط بينهما على أن محكمة التحكيم هي التي تحدد بنفسها القواعد الإجرائية التي تتبعها (204) وكذلك شرط التحكيم الخاص في إتفاقية طهران البترولية الموقعة في أكتوبر 1954 والتي تعطي للمحكم الثالث سلطة تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في حال عدم إتفاق الأطراف حول مكان وإجراءات التحكيم (205). كما تقر هذه الطريقة بالنسبة لحرية المحكمين في تحديد أو تكمله الإجراءات الواجب إتباعها في سير المنازعة بالإعتماد على بعض لوائح مراكز التحكيم وعلى سبيل المثال القواعد النموذجية الخاصة بإجراءات التحكيم التابعة للجنة الأممية. ويتبين من قضاء التحكيم التجاري الدولي أن المحكمين يمارسون في هذا الشأن سلطتهم التقديرية في إختيار القواعد الأنسب موضوعيا لضبط إجراءات سير المنازعة وذلك، إما بالإلتجاء إلى قانون مكان التحكيم (206) أو بإختار قواعد إجرائية ترتبط بما يسمى "قانون الشعوب" Droit des gens أكثر من إرتباطها بأي قانون وطني آخر، حتى ولو كان هذا القانون هو قانون مكان التحكيم. يكون ذلك عادة في التحكيم الذي يتم بين الدولة

---

(202) Voir Rigaux. F, « Des dieux et des héros, réflexions sur une sentence arbitrale », Rev. Crit, DIP, 1978, p. 435 et s. Voir aussi Stern. B, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », Rev.arb, 1980, p. 3 et s.
(203) Paris, 27 mars, 1962, Rev.arb, 1962, p. 45.
(204) Voir en détails sentence arbitrale rendue dans cette affaire sous la conduite de Sausser Hall. G, in Rev.crit, 1963, pp. 277-362. Voir aussi le commentaire de Batiffol. H, dans la même revue, pp. 647-662. Il est à signaler que le tribunal arbitral par décision majoritaire, a procédé à huit modifications sur ces procédures.
(205) Voir article 44 de cet accord, in Rev.arb, 1956, pp. 67-71.
(206) Voir à titre d'exemple l'arbitrage conduit par Covin. P dans affaire Saphire International Pétroleum contre Compagnie Pétrolière nationale iranienne (NIOC), Lalive. P, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère », in Annales suisse, DIP, 1968, p. 258 et s.

والشركات الأجنبية الخاصة ذلك أن "الحصانة القضائية" للدولة الطـرف فـي التحكـيم تتعارض مع إمكانية إخضاعها إلى أي قانون وطني آخر حتى ولو كان هذا القانون هـو قانون مكان التحكيم. ولقد تبنى المحكمون الدوليون هذا الإتجاه في تحكيم "أرامكو" ضـد الحكومة السعودية (207)، وكذلك في التحكيم الذي تم بـين الحكومـة الليبيـة وشـركتي Texaco et Calasiatic للبترول والذي صدر بشأنه قرار بتاريخ 19 جانفي سنة 1977 (208).

يشكل من جهة أخرى، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حجر الزاوية في عملية حل النزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي في إطار الإتفاقيـات الثنائيـة التـي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى. الملاحظ لدى قرائتنا للعديد من هذه الإتفاقيات، هـو تنوعها في الأخذ بأكثر من مصدر للقانون الواجب التطبيق، مع وجود سلم ترتيبي لهـذه المصادر، مما يطرح تساؤلات عدة: لماذا هذا التعدد في ذكر أكثر من مصدر، ولماذا هذا الترتيب ومن هو الذي يرجع إليه إختيار هذه المصادر؟ ولكن قبل الإجابة عن كـل هـذه الأسئلة، يجدر بنا أن نشير إلى أن بعضا من هذه الإتفاقيات لم تـذكر بصـورة مباشـرة وواضحة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وقد يعني في هذه الحالة، أن مثل هذا القانون سوف يكون إما قانون الهيئة القضائية المختارة إن كانت وطنية، أما إذا كنـا أمام هيئة تحكيمية فإن هذه الأخيرة سوف يكون لها مطلق الحرية في أن تختار القـانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في غياب إختيار صريح للطرفين. إلا أنه خـارج هذه الحالة التي تشكل الإستثناء، فإن أغلب الإتفاقيات التي إطلعنا عليها قد نوعـت فـي المصادر. لكن بالمقابل، فالملاحظ أنه بقدر تنوع مصادر القانون الواجب التطبيـق علـى موضوع النزاع، بقدر ما نشهد تفاوتا وإختلافا في الأخذ بهذا المصدر أو ذاك، من إتفاقية إلى أخرى. إلا أننا يمكن أن نحصر هذه المصادر ضمن صنفين من المصادر، المصـدر الأول، وهو مصدر قانوني والمتمثل في القانون الوطني للطرف المتعاقد بما فـي ذلـك قواعد التنازع المعمول بها في قانون الدولة المتعاقدة.

---

(207) Voir sentence publiée dans Rev.crit DIP, 1963, pp. 277-362.
(208) Voir sentence publiée dans Rev.crit DIP, 1977, pp. 298-350.

أما المصدر الثاني، وهو المصدر الإتفاقي والمتمثل في أحكام الإتفاقيـة الدوليـة للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار وأحكام الإتفاق الخاص والمبادئ العامة المتفق عليها فيما بين الدول. بالنسبة لتنوع المصادر، فإن أغلب الإتفاقيات قد أخذت بأكثر من مصدر. فعلى سبيل المثال، فقد أشارت الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية (209) إلى ثلاث مصادر يمكن أن يعتمد عليها المحكم قصد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضـوع النزاع، القانون الوطني للطرف المتعاقد بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، فأحكام إتفاقية الإستثمار ونصوص الإتفاق الخاص إلى جانب مبادئ القانون الـدولي. بينمـا إتفاقيـات أخرى لاحقة مثل الإتفاقيتين الجزائرية المالية والجزائرية الإسبانية (210)، لم تشر إلى كل المصادر بل إكتفت بذكر التشريع الوطني للطرف المتعاقد بما فيها قواعد التنازع وقواعد القانون الدولي وأسقطت بذلك من المصادر المعمول بها الإتفاق الخاص.

إن التنوع هنا في المصادر، يعني شيئا واحدا هو منح ضمانات أوسع للأطـراف وإعطاء وسائل حل عديدة ومتنوعة للمحكم حتى يتمكن من الفصل في النـزاع بسـهولة. وهكذا، بفضل هذه المرونة التي تتمتع بها إتفاقيات الإستثمار بإعتبارها إتفاقيـات إطـار، فهي سوف تسمح بإختيار أوسع للقانون الواجب التطبيق وهو ما قد يضـفي علـى هـذه الإتفاقيات صفتي التوازن والإنفتاح. وبعبارة أخرى، أنه يمكن للمحكـم أن يفصـل فـي النزاع ليس فقط على أساس القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بمـا فـي ذلك قواعد التنازع ولكن أيضا على أساس مبادئ القانون الـدولي ذات الصـلة أو حتـى المزج بين هذه الخيارات (211).

ومن بين المعاهدات الثنائية التي وقعت قبل هذا العهد والتي تضمنت إمكانية إعمال القوانين الداخلية لأحد الطرفين وكذلك مبادئ القانون الدولي، نذكر المعاهدة الموقعة بـين فرنسا والجزائر عام 1963 والخاصة بـالتحكيم والتـي أنشـأت محكمـة التحكـيم المنصوص عليها في الفصل الرابع من إعلان المبادئ الخاصة بالتعاون بشأن إستغلال

(209) راجع المادة 9-4 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية، المرجع السابق.

(210) أنظر المادة 9-4 من الإتفاقية الجزائرية المالية والمادة 11-3 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية.

(211) Goldman. B, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », CADI la Haye, 1963, II, p. 351.

الثروات الكامنة تحت الأرض في الصحراء والموقع في 11 مارس 1962. وهذه المعاهدة كانت مخصصة لأصحاب حقوق الإمتياز المعدنية والنقل الممنوحة من قبل الحكومة الفرنسية والتي قامت الحكومة الجزائرية بمصادرتها. وقد طبقت المحكمة التحكيمية للفصل في النزاع علاوة على القانون الوطني (قانون البترول) الإعلان الموقع سنة 1962 والذي يعد معاهدة دولية والشروط التعاقدية والمبادئ العامة للقانون بعدما تأكد لها عدم وجود نصوص صريحة تحكم المسألة المعروضة عليها. ولكن هذه المحكمة لم تتح لها الفرصة لأن تطبق القواعد المتقدمة على أي منازعة (212).

أما المحكمة الأخرى التي مزجت بين قواعد التنازع للطرف المتعاقد ومبادئ القانون الدولي، فهي المحكمة التي أستدعيت للفصل في المنازعات الثنائية بين إيران والولايات المتحدة وفقا لإتفاق الجزائر الموقع في 19 و20 يناير سنة 1981 والتي أعقبت مشكلة الأسرى الأمركيين في طهران وتجميد الأموال الإيرانية في الولايات المتحدة الأمريكية (213). وتختص هذه المحكمة والمتكونة من تسعة قضاة بالنظر في المنازعات التعاقدية التي يقوم أحد الأطراف التابعين للدولة بإثارتها ضد الدولة الأخرى وأيضا الطلبات المقابلة التي تقدم من طرف هذه الأخيرة. وقد طبقت هذه المحكمة إلى جانب قواعد تنازع القوانين، مبادئ القانون الدولي التي إرتأت أنه من المناسب إعمالها آخذة في عين الإعتبار أيضا العادات التجارية والشروط التعاقدية وتغير الظروف.

ولكن الأمر لا يقف عند حدود التنوع في المصادر، بل يتعداه إلى مسألة الترتيب بينها. وهو ما يجعلنا نطرح تساؤلات عدة، لماذا هذا الترتيب؟ وهل يختلف الترتيب من إتفاقية ثنائية إلى أخرى؟ وفيما يكمن هذا الإختلاف إن وجد؟ ولماذا ومن الذي يختار بين هذه المصادر المرتبة؟ وللإجابة عن هذه الأسئلة، لا بد من الرجوع إلى بعض الإتفاقيات.

---

(212) Bettems. D, « Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales » Meta Edition, Lausanne, 1988, p. 82.
(213) Bernard. A, « Le tribunal des différends Irano – Américains (1981-1984) », Clunet 1985, p. 791 et s. Pruno. L. « Problèmes soulevés par les demandes des doubles nationaux devant le tribunal des différends Irano – Américains », Rev. Crit DIP, 1985, p. 273 et s et p, 471 et s.

فمثلا، بالنسبة للإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللسمبورغية فإن المادة 9-4 منها قد وضعت سلما ترتيبيا للمصادر التي يمكن أن يعتمد عليها المحكم عند فصله في النزاع المطروح أمامه. فجاء الترتيب كالآتي: القانون الوطني للطرف المتعاقد بما في ذلك قواعد التنازع لهذا القانون، فأحكام الإتفاقية الإستثمارية، فأحكام الإتفاق الخاص ثم تلي كل هذه المصادر في المرتبة الأخيرة مبادئ القانون الدولي. إلا أن مادة أخرى وهي المادة 7 من نفس الإتفاقية تضع في نفس المرتبة أي على قدم المساواة، الإتفاقية الثنائية للإستثمار والقانون الوطني للطرف المتعاقد كما تضع المادة 8 من نفس الإتفاقية من جهتها في نفس المرتبة كلا من الإتفاق الخاص والإتفاقية الثنائية (214).

إلا أن مشكلا قد يترتب عن هذا السلم الذي جاءت به الإتفاقية الثنائية، عندما نعلم أن المادة 9-2 منها تشير إلى أنه في حال عدم تسوية النزاع بالتراضي، فإنه يلجأ إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار وفي حال عدم المصادقة على هذه الإتفاقية يؤخذ بالميكانيزم الإضافي التابع لها.

بيد أن الشيء المعلوم والمتفق عليه، وهو أنه إذا أخذنا بلائحة المركز وبالضبط بالمادة 42 منها أو بالمادة 55 من تحكيم الميكانيزم الإضافي، فإن كليهما يعترف بأن القواعد المطبقة على موضوع النزاع هي أولا، القواعد المختارة من قبل الطرفين. أما في غياب أي إختيار، فإنه يعمل "بقانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع وكذلك بمبادئ القانون الدولي". ولكن الملاحظ، أن المادة 42 لم تضع أي ترتيب بالنسبة لدراسة القانون الداخلي وقواعد القانون الدولي. وبعبارة أخرى أيهما أولى بالدراسة حتى يطبق على موضوع النزاع؟ أغلب المعلقين على هذه المادة مقتنعون على أنه يجوز للمحكمة أن تدرس هذين المصدرين بصفة متتالية أو بصفة متزامنة.

إلا أنه يمكن أن نشهد تنازعا في الزمن، في حال تغيير القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو تغير قد يطرأ على مستوى قواعد القانون الدولي خاصة بالنسبة لعقود الإستثمار ذات الأمد الطويل.

(214) راجع كل من المادتين 7 و8 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية، المرجع السابق.

ولتجاوز هذه المشكلة، يرى الأستاذ Delaume (215) أنه يجب أن يؤخـذ بعـين الإعتبـار التغيير الحاصل منذ معرفة المحكمة بالنزاع وليس بدأ من تاريخ نشـأته. إن مثـل هـذا المشكل قد تعرضت إليه العديد من المحاكم التحكيمية في العديد من القضايا أين، إظطرت هذه المحاكم إلى تحديد القواعد أو القانون الذي يجب الأخذ به بعد أن شهد تغيرا ولـيس قبل وخاصة في غياب ما يسمى ببند ثبات القوانين (216).

ولكن إذا قارنا المادة 42 بالمادة 55 من الميكانيزم الإضـافي، فسـنجد أن هـذه الأخيرة تنص على أن القانون المطبق على موضوع النزاع هو "القانون المعين من طرف قاعدة التنازع الذي تراه المحكمة قابلا للتطبيق على قضية الحال إلى جانب قواعد القانون الدولي". ويقصد هنا بالقانون المعين من طرف قاعدة التنازع قانون الدولة الطـرف فـي النزاع وليس قانون أي دولة أخرى.

ولكن أي من الطرفين، المستثمر أو الدولة الحق في أن يختـار أحـد المصـادر المرتبة طبقا لنصي المادتين 7 و8 من الإتفاقية البلجيكية اللكسومبرغية؟ من خلال قرائتنا لهذين النصين وخاصة نص المادة 7، نلاحظ أن الأولوية هي معطاة إلى المستثمر علـى حساب الدولة. فهو الذي يختار من بين المصادر، الإتفاقية الثنائية أو التشـريع الـوطني للدولة الذي يقع على إقليمها الإستثمار أم إتفاقية دولية أخرى متعددة الأطـراف. تتعلـق المشكلة في هذا الباب بالذات بإمكانية المزج بين هذا الإختيار الممنوح للمستثمر والـذي ينفرد به طبقا للمادة 7 والمادة 8 التي تتكلم عن الإتفاقية الثنائية من جهة وعـن الإتفـاق الخاص من جهة أخرى، ولكن بدون أن تضع أي ترتيب بينهما. ولكن، نعتقد أنه بـالنظر إلى روح الإتفاقية التي هي في صالح المستثمر فيمكن لنـا أن نوسـع حريـة الإختيـار الممنوحة له طبقا للمادة 7 إلى المادة 8 وبذلك يصبح في إمكان المستثمر أن يختار طبقـا للمادة السالفة الذكر بين أحكام الإتفاق الخاص وتلك المتعلقة بالإتفاقية الثنائية.

---

(215) Delaume. G, op cit, p. 829.
(216) Voir en particulier, la sentence dans l'affaire Texaco et Calasiatic c/ gouvernement libyen et l'affaire Libyan Américain Oil Compagny (Liamco), in Rev.arb, 1980, pp. 99-113.

إن إرادة المستثمر تكون بذلك هي الحاسمة ليس فقط على مستوى إختيار القـانون القابل للتطبيق على موضوع النزاع وإنما أيضا من أجل إقامة ترتيب بين كل المرجعيات التي أشارت إليها الإتفاقية الثنائية وهي الإتفاق الخاص والإتفاقية الثنائية من جهة والقانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار وأحكام إتفاقية أخرى متعددة الأطراف من جهة ثانيـة. ومقارنة بالمصادر الأخرى، يتساءل الأستاذ إسعاد عن الأسباب التي دعت المادة 8 مـن الإتفاقية البلجيكية اللكسومبرغية إلى الإزاحة من مجالها الأحكام الآمرة وحتـى المكملـة للقانون الوطني وكذلك الأحكام الأكثر إمتيازا للإتفاقية المتعددة الأطراف فـي حـين أن الإتفاقية الثنائية قد أوردت في أحد نصوصها ما يسمى ببند الأمة الأكثـر رعايـة (217). نعتقد أن إزاحة مثل هذه القوانين وخاصة منها القوانين الآمرة هو محاولة لتجريد الدولـة الطرف في النزاع من سلطة فرض هذه القوانين والمرتبطة بأكثر المجـالات حساسـية وأهمية كمجالات الجباية والنقد والمؤسسات. إن كل هذه القوانين سواء أكانـت آمـرة أو مكملة، تعكس أيضا تدخل الدولة بإعتبارها الراعية للمصلحة العامة وليس فقـط مجـرد متعاقد لا يجوز له أن يتمسك بهذه القوانين.

الملاحظ بصفة عامة، أن أغلب الإتفاقيات الثنائية التي إطلعنا عليها تشير إلى أربع مصادر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ويأتي على رأس هذه المصـادر، في المرتبة الأولى القانون الوطني للطرف المتعاقد بما فيهـا قواعـد تنـازع القـوانين، فنصوص الإتفاق الخاص، وأخيرا مبادئ القانون الدولي ذات الصلة (218)، مع تفاوت في الترتيب. ويمكن أن يفسر هذا التفاوت في إعطاء الأهمية من حيث الترتيب لمصدر معين على حساب مصدر آخر وهو أن الإتفاقية الثنائية وكأي إتفاقية دولية أخرى فهي تخضـع للمفاوضات. وعليه، فهي تعكس ميزان القوة في هذه المفاوضات والقدرة التفاوضية لكـل طرف في تحديد الأولوية التي يرى أنه يجب أن تمنح لكل مصدر.

---

(217) Issad. M, op cit, p. 726.

(218) أنظر المادة 9-4 من الإتفاقية الجزائرية اللبلجيكية اللكسومبرغية، والمادة 8-4 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، والمادة 7-3 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية، والمادة 7-3 من الإتفاقية الجزائريـة المصـرية، والمـادة 11-3 مـن الإتفاقية الجزائرية الإسبانية.

فنجد مثلا، أنه بالنسبة للإتفاقية الجزائرية الفرنسية، فإن الأولوية قد أعطيت لمبادئ القانون الدولي ولأحكام الإتفاقيتين الثنائية والخاصة على حساب القانون الوطني للطـرف المتعاقد. وهذا يعني، أن المفاوضين قد إتجهوا نحو تدويل القانون الواجب التطبيق علـى موضوع النزاع عن طريق تكريس المرجعية الأولى وهي الإتفاقيتين الثنائيـة والخاصـة بإعتبارهما معاهدتين تم عن طريق المرجعية الثانية وهي مبـادئ القـانون الـدولي ذو المحتوى الغير محدد المعالم والمتغير على حساب القـانون الـوطني للدولـة المضـيفة للإستثمار الوحيد - في نظرنا - المؤهل مبدئيا للتطبيق على موضوع النزاع نظرا لعلاقته الوثيقة بالعملية الإستثمارية المنجزة على إقليم الدولة المضيفة للإستثمار.

ثم تأتي الإتفاقية الجزائرية الإسبانية التي لا تبتعد كثيرا عن سابقتها، فتضـع فـي أعلى سلم الترتيب أحكام الإتفاقية الثنائية، فالقانون الوطني للطرف المتعاقد فمبادئ القانون الدولي (219). ومقارنة بالإتفاقيات الثنائية جميعها، تأتي الإتفاقية النموذجية مغايرة لها نوعا ما من حيث الترتيب. فقد وضعت هذه الإتفاقية في قمة هرم السـلم الترتيبـي لمصـادر القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، التشريع الوطني للطرف المتعاقد فقواعـد القانون الدولي العام، فالإتفاقية الحالية أي الإتفاقية الثنائية. وتضيف الإتفاقية "طبقـا لكـل حالة". نعتقد أن العبارة الأخيرة الواردة في نص الإتفاقية النموذجية لا يمكن أن تعنـي إلا شيئا واحدا وهو أنه بما أن الإتفاقية لا تعد سوى نموذجا يمكن للطرفين الرجوع إليـه ولا التقيد به. وعليه، وطبقا لهذا المنظور، فإنه يمكن للطرفين المتعاقدين أن يعمدا إلى تعديل السلم الترتيبي المقترح من طرف الإتفاقية وأن يقوما بترتيب آخر غير الترتيب الذي أتت به هذه الإتفاقية.

ولكن، تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من كون هذه الإتفاقية تعد شبيهة بالإتفاقيـات الثنائية الأخرى إلا أنها لا تخلو من عيوب وأهم هذه العيوب هو إسقاطها للإتفاق الخاص من الترتيب والذي أدرجته باقي الإتفاقيات الأخرى (220).

---

(219) راجع المادة 11-3 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية السالفة الذكر.
(200) مادة 9-4 من الإتفاقية النموذجية للجزائر، وثيقة غير منشورة.

من جهة أخرى، فإن العيب الآخر لهذا النموذج هو أنه قد إستعمل بالنسبة لمبـادئ القانون الدولي كلمة "عام". مع العلم أن قواعد القانون الدولي العام هـي القواعـد التـي توظف عادة في العلاقات السياسية فيما بين الدول ولا يمكن بالتالي أن تحل هذه القواعـد مكان قواعد الدولي الخاص فيما بين الدولة كتجارة وشخص أجنبي. إلـى جانـب كـون النزاع الذي يخضع إلى هذه القواعد هو نزاع يتعلق بعملية إستثمارية وليس بنزاع سياسي المتوقع حصوله بين دولتين، والمفترض أن يجد حلا له في إطار القانون الـدولي العـام ومبادئ هذا القانون.

ولا نخال من وجهة نظرنا أن النموذج يعني مبادئ القانون الدولي العام. وقد يكون هناك خطأ في التحرير وكان من الأفضل - حسب تقديرنا - لو أستعملت عبـارة مبـادئ القانون الدولي وبذلك تتسع العبارة إلى مبادئ القانون الدولي العام وكـذلك إلـى مبـادئ القانون الدولي الخاص. لأن الإتفاقية هي معاهدة دولية من جهة وهي في نفـس الوقـت تنظم لعلاقات خاصة ومن نوع خاص بين الدولة من جهة، والمسـتثمر رعيـة الدولـة الأخرى من جهة أخرى.

المطلب الثاني: القرار التحكيمي

إن أغلب الإتفاقيات تشير في حلها للنزاع الناشئ عن الإسـتثمار إلـى الهيئـات المختصة. وهذه الهيئات هي في الحقيقة نوعان، المحـاكم الوطنيـة المختصـة للدولـة المضيفة للإستثمار والهيئات التحكيمية. وقد تكون هذه الأخيرة دائمة أو حرة. الملاحـظ، أنه مهما تكن طبيعة هذه الهيئة القضائية، سواء أكانت وطنية بحكم ولائها للدولة أو دولية بحكم خضوعها إلى نظام تحكيمي تابع لهيئة دولية دائمة أم حرة. فإن هذه الهيئـات هـي مدعوة بعد فحص دفوع كل طرف أن تصرح بحكم بفصل من خلاله القاضي أو المحكـم في النزاع. ولكن حتى يضفى على هذه الأحكام نوعا من الفعالية لا بد أن تكـون نهائيـة وملزمة.

في الحقيقة، إذا وقع إختيار طرفي النزاع على المحكمة المختصة للدولة المتعاقـدة الطرف في النزاع، فإن القواعد الإجرائية المطبقة في إطار النظام الداخلي لهذه الدولة هي التي تطبق، خاصة إذا كانت هذه الدولة هي الدولة الطرف فـي النـزاع وهـي الدولـة

المضيفة للإستثمار وهي ذات الدولة أين يوجد على إقليمها المشكل موضوع النزاع وعلى ترابها أين سيقع تنفيذ الحكم الصادر عن إحدى محاكمها. وعليه، فبالنسبة لهذا النوع من الأحكام فلا يتلقى عادة المستفيد من هذا الحكم مشاكل تذكر ماعدا - مثلما سنرى فيما بعد- إذا رفض أحد الطرفين الإنصياع إلى هذا الحكم بالرغم من الصفة النهائية اللصيقة به، أو إلا إذا كان الحكم الصادر في الدولة المتعاقدة هو مطلوب تنفيذه على إقليم دولة أخرى. في هذه الحالة، فيطلب من المستفيد من هذا الحكم أن يطلب في دولة تنفيذ الحكم إصدار حكم تنفيذي طبقا للإجراءات المعمول بها في تلك الدولة. وفي هذه الحالة، فإصدار الحكم التنفيذي لا يتعدى سوى أنه تعبير عن السيادة القضائية التي تمارسها دولة التنفيذ على القضايا والأحكام الصادرة عن محاكمها.

ولكن المشكلة تثار، عندما يتعلق الأمر بإختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن الإستثمار بين الدولة من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى. في خصوص هذا النوع من الأسلوب، وكما أشرنا إليه سلفا، فإن أغلب الإتفاقيات تأخذ إما بالتحكيم المؤسساتي كتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات أو بتحكيم غرفة التجارة الدولية أو بتحكيم محكمة تحكيمية حرة. وفي هذا الإطار، فإننا نجد أن أغلب الإتفاقيات تؤكد على الصفة النهائية والملزمة للقرار التحكيمي الصادر عن هذه المحاكم، إلى جانب إلتزام كل طرف متعاقد بالعمل على تنفيذ هذه القرارات طبقا لتشريعاته الوطنية.

بالنسبة للإتفاقية النموذجية التي تعتبر بمثابة ورقة عمل في يد المفاوض الجزائري فهي لا تنص صراحة على الحكم الصادر عن الهيئة القضائية، سواء أكانت وطنية أم تحكيمية ولا عن الصفة النهائية التي يجب أن يتصف بها الحكم أو القرار التحيكيمي، وإنما تشير فقط إلى أنه يمكن للمستثمر رعية الدولة الأخرى وكذلك الدولة المتعاقدة المضيفة للإستثمار أن يتفقا على عرض نزاعهما سواء على المركز الدولي لتسوية المنازعات أو على محكمة خاصة تقوم بوضع إجراءاتها بنفسها، مع الأخذ في عين الإعتبار أم لا النظام التحكيمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (221).

(221) مادة 9-3 من الإتفاقية النموذجية، وثيقة غير منشورة.

وقد نجد آثارا لهذا النموذج في باقي الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، مع الفارق الطفيف في القيمة المعطاة أحيانا، للحكم الصادر عن المحكمة التحكيمية، مثل الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبرغية التي تنص صراحة على أن الأحكام التحكيمية يجب أن تكون "نهائية وملزمة" (222). وكذلك الإتفاقية الجزائرية الإسبانية التي تؤكد بصريح العبارة على وجوب أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة عن المحاكم التحكيمية "نهائية" وألا تقبل الطعن بالنسبة للطرفين المتنازعين (223).

بإستثناء هذين المثالين، فإن أغلب الإتفاقيات الثنائية التي إطلعنا عليها، لا تشير إلى الأحكام التحكيمية ولا إلى الصفة النهائية اللصيقة بها عادة، وإنما تكتفي بذكر الهيئة التحكيمية المختارة، سواء أكانت مؤسساتية مثل مؤسسة "سيردي" أو الهيئة التحكيمية للغرفة الدولية للتجارة أو محكمة تحكيمية خاصة تسير طبقا لنظام اللجنة الأممية للقانون التجاري. مما يوحي، بأنه يكفي الرجوع إلى نظام تحكيم إحدى هذه الهيئات للتعرف على الصفة النهائية للقرار التحكيمي. وهكذا، فبالنسبة لنظام التحكيم التابع للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، تعني الصفة النهائية للحكم التحكيمي أنه حكم غير قابل للإستئناف. فهو حكم نهائي كما لو كان حكما صادرا عن محكمة ذات إختصاص في الدولة التي تم الإعتراف أو التنفيذ فيها (224). وأما إذا إختار الطرفان قواعد غرفة التجارة الدولية، فطبقا للمادة 28-6 من لائحة تحكيم هذه الغرفة "يحمل كل قرار تحكيمي بالنسبة للطرف الصفة النهائية" (225). ومن الآثار المترتبة عن الصفة النهائية للقرارات التحكيمية للغرفة، وأيضا للمركز هو تخلي المحكم عن النزاع الذي فصل فيه إلا في حالات خاصة أين يستدعى فيها المحكم، سواء لتفسير القرار أو لتصحيحه لوجود خطإ مادي فيه أو لتكملته في حدود النقاط التي وقع فيها سهو من طرفه ولكن بإتباع إجراءات خاصة في ذلك (226).

(222) مادة 9-5 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبرغية، المرجع السابق، ث. 1778.

(223) مادة 11-4 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية، المرجع السابق، ص. 9.

(224) Bernin. G, « L'exécution des sentences arbitrales », in les techniques de l'arbitrage commercial international, Séminaire de la CCI, 27-30 janvier 1980, Malbum (liechtenstien) 1981, pp. 1-42.

(225) مادة 28-6 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة السارية المفعول من 01 جانفي 1998.

(226) مادة 50 فقرة 1 من النظام التحكيمي "سيردي".

من جهة أخرى، إن أغلب الإتفاقيات الثنائية تمنح الطرفين إمكانية تشكيل هيئة تحكيمية حرة من أجل تسوية النزاع الناشئ مباشرة عن الإستثمار. وتعطي لهذه الهيئة سلطة إتخاذ قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون نهائية (227). بعض الهيئات الأخرى الخاصة تصدر قراراتها التحكيمية طبقا للقواعد الإجرائية المعمول بها في إطار النظام التابع للجنة الأممية للقانون التجاري (228). والإلقاء الضوء على الصفة النهاية لقرارات هذه الهيئات، كان لابد علينا الرجوع إلى المصدر ألا وهو المادة 32 فقرة 2 من النظام التحكيمي السالف الذكر. فتبعا لأحكام هذا الأخير، يعد القرار التحكيمي الصادر عن المحاكم التحكيمية الخاصة نهائيا، عندما يكون قد وضع حدا للإجراءات التحكيمية. وبعبارة أخرى، أن يكون المحكمون من خلال إصدارهم لقرار نهائي قد فصلوا كلية في المنازعة، وذلك بوضع حد للإجراءات التي كانت الإشارة الأولى في مباشرة التحكيم. ومن شأن هذا القرار أيضا وهو الأثر الثاني المترتب عن الصفة النهائية التي يتصف بها، وهو أن يضع بعد صدوره حدا لمهمة المحكم.

تجدر الإشارة، إلى أنه غالبا ما تستعمل عبارة "قرار تحكيمي نهائي" لتميزه عن القرارات التحكيمية الأخرى كالقرارات المؤقتة intérimaires أو التمهيدية interlocutoires أو الجزئية partielles التي لا تضع خلافا للقرارات التحكيمية النهائية حدا للإجراءات، بل لا تكون قد فصلت في النزاع بصفة نهائية ولكن جزئيا فقط. ذلك أن هناك من الفقهاء من يرون أن القرار يمكن أن يكون نهائيا جزئيا وليس كليا كأن يفصل مثلا بقرار نهائي ولكنه جزئي في الجانب المتعلق بالمسؤولية، وبقرار آخر أيضا نهائي ولكن يتعلق هذه المرة ليس بالمسؤولية بإعتبارها أمرا منهيا منه، ولكن في الجانب المتعلق بالآثار الناتجة عن المسؤولية، ألا وهي تقدير قيمة التعويض المستحق (229).

---

(227) أنظر على سبيل المثال المادة 7-3-ج من الإتفاقية الجزائرية القطرية، المرجع السابق، ص. 7.

(228) لراجع المادة 8-3 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 7-2 من الإتفاقية الجزائرية الأردنية والمادة 9-ب-3 من الإتفاقية الجزائرية المالية. المرجع السابق.

(229) Lalive. P, Poudret. JF et Raymond. C, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausane, Economica 1989, p. 401 et s. Voir dans le même sens Lalive. P : « Problèmes spécifiques de l'arbitrage », Rev.arb, 1980, pp. 341-363.

وهو مبدأ تعمل به بعض قوانين التحكيم الوطنية وهو مدرج أيضا في بنود التحكيم التـي تستعمل العبارة التالية: "إن القرار المزمع إتخاذه سيكون نهائيا « Find and binding »" (230).

ومن جهة أخرى، يجب التنبيه إلى أنه إلى جانب كون هذه القرارات التحكيمية هي نهائية فهي أيضا ملزمة. بمعنى آخر، يجب على طرفي النـزاع أن يلتزمـا بهـا طبقـا لتشريعاتهما الوطنية. إن أغلب الإتفاقيات الثنائية ومنذ الإتفاقيين الأولتين التـي أبرمتهـا الجزائر مع دول أخرى، تؤكد على الطابع الإلزامي للقرار التحكيمي (231).

ولكن هل لأن هذا الطابع الإلزامي للقرار التحكيمي يعني من جانب طرفي النزاع إلتزاما طوعيا بتنفيذه أم إلتزامهما جبرا بتنفيذه؟ ومن جهة أخرى، ماذا تعنـي الإتفاقيـات الثنائية عندما تتحدث عن إلتزام كل طرفي متعاقد بتنفيذ القرار التحكيمي طبقا لتشـريعه الوطني؟

قبل الإجابة عن هذين السؤالين، نشير بصورة خاطفة إلى أنه بالنسـبة للإتفاقيـة الجزائرية الإيطالية فقد وقع إدراج الفقرة الأخيرة والتي تتعلق بإلزامية القرار التحكيمـي والصفة النهائية اللصيقة به ضمن المادة 9 والتي تخص النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق الإتفاقية. كان الأجدر بمحرري هذه البنود أن يضعوا الفقرة الأخيرة من المادة 9 ضـمن المادة 8 التي تتكلم عن النزاعات المتعلقة بالإستثمارات. نعتقد أن هذا الترتيب الذي هـو في غير محله، قد صدر عن محرري الإتفاقية إما سهوا أو خطأ كان بإمكـانهم تفاديـه، خاصة وأن التجربة لا تزال في بداياتها من جانب المفاوض الجزائري.

ولكن ومهما يكن من أمر، فإن موضوع الإلتزام بتنفيذ القرارات التحكيمية يعتبـر حجز الزاوية في إبراز مدى فعالية تلك القرارات. إلا أنه يبقى من جهة أخـرى، شـديد الإرتباط، إذا ما أردنا التعرف عليه عن قرب، بالهيئة التحكيمية المختارة.

---

(230) Gaillard. E, Fouchard. Ph et Goldman, B, Traité de l'arbitrage commercial international, L.G.D.J, Paris, 1997, p. 753 et s.

(231) راجع المادة 9-5 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسومبرغية والمادة 9-6 من الإتفاقية الجزائرية الإيطاليـة والمادة 7-3-ج من الإتفاقية الجزائرية القطرية والمادة 11-4 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية.

ولا شك، أنه إذا ما إختارا مثلا طرفا النزاع تحكيما مؤسساتيا من نـوع المركـز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار أو تحكيم الغرفـة الدوليـة للتجـارة أو المحكمة العربية للإستثمار، فإن النظام التحكيمي الذي تأخذ به هذه المراكز هـو الـذي سوف يحكم مصير القرار التحكيمي. وبالتالي، فإن مثل هذا النظام هو الذي يقرر مـا إذا كان القرار التحكيمي إلزاميا أم لا. لذلك، نعتقد أن مجرد ذكر الإتفاقيات لهذه الخيـارات المفتوحة لطرفي النزاع هو ضمنيا إحالتهما إلى اللوائح التحكيمية لهذه الهيئات. فمثلا، إذا كان لا بد من إختيار نظام تحكيم مركز "سيردي" وهـو شـيء وارد لأنـه مـن أكثـر المرجعيات الواردة بعد المحكمة المختصة لأحد الطرفين، فإنه طبقا للمادة 54 من الإتفاقية المنشأة له، يجب على كل دولة متعاقدة أن تعترف بالصفة الملزمة للقـرارات التحكيميـة وأن تضمن تنفيذ الإلتزامات المالية التي يتضمنها القرار التحكيمي كما لو كان هذا القرار صادرا عن إحدى محاكمها الوطنية. وبعبارة أخرى، فلا يجوز الإعتراض على الإعتراف به أو على تنفيذه حتى على أساس الدفع المتعلق بالنظام العام (232).

ولكن يمكن أن يعجز المستثمر عن تنفيذ قرار تحكيمي ضد دولة في إقليمها أو في إقليم دولة أخرى تتمتع بالحصانة ضد تنفيذ الأحكام القضائية. إن تمسك الدولة بالحصـانة في هذه الحالة يصبح يتنافى وإلتزامها كطرف في الإتفاقية، بـإحترام قـرارات التحكـيم الصادرة عن المركز. وقد يجعل من الممكن توقيع جزاءات على هذه الدولة نتيجة إخلالها بالإلتزامات المنصوص عليها في الإتفاقية (233). والأهم من ذلك، هو أن رفـض الدولـة إحترام قرار التحكيم سوف يحرمها من المصداقية اللازمة في المعاملات الدولية، وهـو خطر لا تملك أي دولة تجاهله (234).

---

(232) تجدر الإشارة إلى أنه أثناء المداولات التي أدت إلى إقرار الإتفاقية كان هناك إتجاه ينادي بإتاحة الفرصة للتخلص من القرار التحكيمي الصادر عن المركز على أساس الدفع بالنظام العام. إلا أن الرأي إستقر في النهاية على أن السماح بإثارة هذا الدفع من شأنه أن يهدم كل ما قامت به هذه الإتفاقية من أجل تثبيت قرار التحكيم الصـادر فـي منازعـات الإستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب. ولذلك ظهرت الصيغة النهائية خالية من أي دفع متعلق بالنظام العام. راجع في ذلك: **Gaillard. E, Fouchard. Ph et Goldman. B: op cit, p. 754.**

(233) يدخل في ذلك الجزاءات ووقف العمل بالحماية الدبلوماسية وحق الدولة المتعاقدة التي يكون أحد مواطنيها طرفـا في النزاع في التقدم بمطالبة دولية ضد الدولة التي أخلت بإلتزامها.

(234) David. R, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1984, p. 492.

أما إذا إختار الطرفان أن تكون الهيئة التحكيمية التي يرجع إليها النظر في النزاع هي مؤسسة التحكيم التابعة للغرفة الدولية للتجارة، فطبقا للمادة 28-6 المشار إليها أعلاه من نظام تحكيمها يعتبر القرار التحكيمي إلزاميا. وعليه، فعلى الطرفين الإلتزام بتنفيذه طوعا كما يعتبر نافذا منذ تاريخ صدوره ومستوفيا شروط صحته وبياناته الأساسية المحددة في قواعد إصداره.

أما بالنسبة للنوع الثاني من التحكيم، ألا وهو التحكيم الحر، فإن أغلب الإتفاقيات التي نظمته تشير إلى إلتزام طرفي النزاع طوعا بتنفيذه طبقا لإرادتهما الحرة وبالإعتماد على حسن نواياهما. ولكن، لا يمكن لنا أن نقيس مدى إلزامية القرار التحكيمي الصادر عن هذه الهيئات التحكيمية الخاصة، إلا بالرجوع إلى النظام التحكيمي المعمول به في إطار النظام الأممي المشار إليه سلفا. وهكذا، فطبقا للمادة 32 فقرة 2 منه "فإن القرار التحكيمي يصدر كتابيا وهو غير قابل للطعن عن طريق الإستئناف أمام هيئة تحكيمية ويلتزم الأطراف بتنفيذ القرار التحكيمي بصفة فورية". مما يعني، خضوع طرفي النزاع في هذه الحالة، إلى هذا القرار "إذا أرادا فعلا المحافظة على علاقاتهما التجارية وإعتبار النزاع الذي نشأ بينهما "مجرد عثرة" un simple incident (235).

ولكن الأمر لا ينحصر فقط في الإلتزام بتنفيذ القرارات التحكيمية، بل يجب على طرفي النزاع الإلتزام بتنفيذ هذه القرارات طبقا لتشريعاتهما الوطنية. فماذا تعني عبارة "تشريعاتهما الوطنية" الواردة في أكثر من إتفاقية؟ وكيف يتم تنفيذ القرار التحكيمي طبقا للتشريع الوطني للطرف المتعاقد ألا وهو الدولة؟ بالنسبة للدولة الجزائرية، يقصد بالتشريع الوطني، القانون الوطني المتعلق بإجراءات تنفيذ القرارات التحكيمية أمام محاكمها. وتبعا لذلك، فالإجراءات المتعلقة بتنفيذ القرارات التحكيمية هي الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية، وبالضبط تلك المتعلقة بالقرارات التحكيمية.

---

(235) Terki. N, l’arbitrage commercial en Algérie, OPU, Alger, 1999, p. 127.

ولكن التشريع الوطني تدخل ضمنه الإتفاقيات الدولية سواء أكانت ثنائية أو متعددة الأطراف، مثل إتفاقية نيويورك الصادرة عام 1958 والتي صادقت عليها الجزائر عام 1988 (236). إذن، لتنفيذ هذه القرارات التحكيمية، يجب إخضاع هذه الأخيرة عند التنفيذ الجبري إلى الشروط الوطنية بما في ذلك الشروط التي جاءت بها إتفاقية نيويورك وتبناها قانون الإجراءات المدنية الجزائرية (237).

فمثلا، بالنسبة للقانون الإتفاقيي الثنائي، يمنح الإختصاص لمحكمة الموضوع للنظر في إمكانية تنفيذ القرارات التحكيمية، وبطريق التبادل، طبقا للشروط المقررة في كل بلد. وهكذا، فإن الإتفاقيات القضائية الثنائية المبرمة من طرف الجزائر مع البلدان الأجنبية، تشبه التنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية بذاك المخول للأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية، إذا كانت كل شروط التنفيذ الجبري قابلة للتطبيق. أما على مستوى قانون الإجراءات المدنية، فلا بد من إخضاع القرار التحكيمي عند التنفيذ إلى شروط هذا القانون. للتذكير، فقد إنحصرت هذه الشروط بعد التعديل الأخير لهذا القانون، في شرطين إثنين فقط. الشرط الأول، وهو إثبات وجود قرار تحكيمي. أما الشرط الثاني، وهو ألا يكون القرار التحكيمي المتخذ مخالفا للنظام العام الدولي (238).

أما عن إتفاقية نيويورك، فهي تتضمن بموجب المادة 3-1 إلزاما عاما لمحاكم الدول المتعاقدة بالإعتراف بالحكم وتنفيذه إنطلاقا من الفرضية التي تستند عليها الإتفاقية ومفادها أن القرار المطلوب تنفيذه يعتبر صحيحا حتى يثبت المحكوم عليه وجود أحد الأسباب التي تمنع تنفيذه والمنصوص عليها في المادة الخامسة من الإتفاقية. ليس المجال هنا لذكر هذه الأسباب و التعليق عليها لأننا سوف نخصص لها بابا خاصا ضمن دراستنا للإتفاقات المتعددة الأطراف و من بينها إتفاقية نيويورك.

(236) أنظر المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988 والمتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك لـ 10 جوان 1958 الخاصة بإعتراف القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الجريدة الرسمية، عدد 48 المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.

(237) بالرغم من أن هذه الإتفاقية لم يرد ذكرها في القسم الثالث من قانون الإجراءات المدنية الذي جاء تحت عنوان "في الإعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها". كما أنها لم ترد حتى في تأشيرة المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم للقانون السالف الذكر. وبالرغم من ذلك كله، فلا نشك أبدا أن الإجراءات المتبناة هي الإجراءات المعمول بها في إطار إتفاقية نيويورك.

(238) راجع مادة 458 مكرر 17 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية.

ولكن الذي نؤكد عليه، هو أن تنفيذ القرارات التحكيمية وفقا للتشريع الوطني للدولة المطلوب فيها التنفيذ كالجزائر مثلا، يجب أن يأخذ بعين الإعتبار الشروط الـواردة فـي إتفاقية نيويورك وهي ذات الشروط الواردة في قانون الإجراءات المدنية الجزائري خاصة وأنه جرى تكييف هذا القانون مع أحكام هذه الإتفاقية بعد المصادقة عليها. بالإضافة إلـى أنه بحكم هذه المصادقة، فإن أحكام هذه الإتفاقية تعد بمثابة التشريع الوطني الذي نعتبـر، أنه بقدر ما يحمل الطابع الوطني، فشروطه المتعلقة بإلزامية القرار التحكيمي تعد شروطا "مدولة" لأخذها بالشروط الدولية المنصوص عليها في إتفاقية نيويورك.

****
***

وهكذا يستفاد مما سبق تحليله على مستوى الإتفاقيات الثنائية التي أشرنا إليها، وإن كنا قد أخذنا عينات منها فقط، هو أخذها بالتوفيق كأحد الطرق الودية الأكثر إستعمالا في النزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي، قبل المرور إلى مرحلة أخطر ألا وهـي مرحلـة التحكيم. وإن كان هذا الأخير، لم يكن الإختيار الوحيد ذلك أن الإتفاقيـات الثنائيـة قـد حرصت على منح الطرفين، الدولة والمستثمر الأجنبي بصفته رعيـة الدولـة المتعاقـدة الأخرى عدة خيارات، اللجوء إلى المحاكم المختصة للدولة المضيفة للإسـتثمار أو إلـى التحكيم الحر أو المؤسساتي كلائحة التحكيم التابعة للمركز الـدولي لتسـوية النزاعـات الناشئة عن الإستثمار وإن كان يعاب على هذه الإتفاقيات منحها حق المبادرة إلى المستثمر فقط على حساب الدولة المضيفة.

وكذلك ما ميز هذه الإتفاقيات على مستوى القانون الواجب التطبيق هو إرتباطهـا بنوع الهيئة القضائية المختارة، سواء أكانت هيئة وطنية أو تحكيمية حتى وإن كان الإتجاه العام هو إعتماد هذه الإتفاقيات للقانون الذي يختاره الخصوم إعمالا لمبدأ سـلطان الإرادة أو في غياب هذا الإختيار الرجوع إلى المحكم.

ولكن ولكون هذه الإتفاقيات هي مجرد إتفاقيات إطار ولكونها لا تنظم طرق تسوية النزاعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي إلا بصفة غير مباشرة، فإن هنالك من الإتفاقيات

ما هي تنصب بالأساس على التحكيم التجاري الدولي دون غيرها من الطـرق الأخـرى كالطرق الودية أو الطرق القضائية المحلية. ولنا مثال على ذلك لائحة التحكيم الجزائريـة الفرنسية لسنة 1983.

- البـاب الثانـي -

الإتفاقيات المنصبة أساسا على التحكيم التجاري الدولي:

حالة لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 27 مارس 1983

قبل الخوض في تحليل ومناقشة لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية (239) يجدر بنا أن نذكر بأن العلاقات الجزائرية الفرنسية قد شهدت منذ سنة 1962 الإمضاء العديد من الإتفاقيات الثنائية، وتأتي في مقدمة هذه الإتفاقيات إتفاقية "إفيان" ثم إتفاقية 23 جوان 1963 فإتفاقية 29 جويلية 1965. وكل هذه الإتفاقيات كانت تشير إلى التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة الجزائرية من جهة والشركات البترولية من جهة أخرى.

ولكن بالرغم من أن الجزائر المستقلة كانت أنذاك ضد اللجوء إلى التحكـيم بإسـم السيادة الإقتصادية، وهي النظرية التي أسست لما يعرف بالسيادة القضـائية (240). إلا أن نفس التحكيم، كان يمارس تحت ضغط الشركات الخاصة الأجنبية من ناحيـة وحتميـات التجارة الدولية من ناحية أخرى (241). وحتى تلعب دورها كاملا في التنمية الإقتصـادية الوطنية، لم يكن للدولة من جهة أخرى، سوى خيار وحيد ألا وهو اللجوء إلى التحكـيم، لأنه كان أيضا الضمان الذي يجب أن تقدمه إلـى الشـركات الفرنسـية مقابـل العقـود الإستثمارية التي كانت تبرمها معها سواء مباشرة أو عن طريق الشركات الوطنية وفـي مقدمتها شركة "سوناطراك". ثم منذ سنة 1982 فقد شهدت العلاقات الجزائرية الفرنسـية مرحلة جديدة مع إمضاء أول إتفاقية إطار وهي بروتوكول التعاون الإقتصادي الذي أبرم في 21 جوان 1982 (242)، والذي أعقبته إتفاقيات أخرى في مجالات عديدة مثل السـكن والعمران والنقل والفلاحة. وكانت تعد هذه الوثائق جميعها بمثابة التمهيد للإعـلان عـن نظام للتحكيم الذي سيلحق فيما بعد بتبادل الرسائل في تاريخ 27 مارس 1983.

---

(239) Voir texte intégral du règlement, in Rev.arb, 1986, pp. 311-319.

(240) Voir en particulier Bouzana. B, Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, OPU – Publisud, 1985, p. 101 et s.

(241) Benchneb. A, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, Alger 1984, thèse, p. 86.

(242) راجع الجريدة الرسمية رقم 43 لـ 10 أوت 1982، ص. 1080.

لقد أثار هذا النظام جدلا فقهيا حول طبيعته القانونية وموقعه داخل النظام القانوني الداخلي. يتفق العديد من الفقهاء على أن نظام التحكيم لـ 27 مارس 1983 هـو إتفـاق دولي ملحق بتبادل الرسائل الذي هو أيضا إتفاق دولي حتى وإن لم يكن مصـادقا عليـه وهو ما يعرف عادة في القانون الدولي العام بالإتفـاق بشـكل مبسـط accord en forme simplifiée (243). ومن جهة أخرى، لكونه يعد إمتدادا لإتفاق التعـاون الإقتصـادي، فإنـه يستمد قوته الإلزامية منه خاصة وأن مثل هذا الإتفاق قد تمت المصادقة عليه وتم نشره.

تعود أسباب إختيارنا لنظام التحكيم الجزائري الفرنسي كنموذج للإتفاقيـات التـي تنصب بالأساس على التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسـوية النزاعـات بـين الدولـة والمستثمر الأجنبي لكون مثل هذا النظام يعد التجربة الوحيـدة التـي خاضـتها الدولـة الجزائرية. ثم لكونه يشكل عمليا وسيلة جد مهمة في إطار العلاقـات الإقتصـادية بـين الجزائر وفرنسا من أجل حل العديد من النزاعات التي قد تنشأ بين المتعاملين الإقتصاديين والفرنسيين. ودليلنا في ذلك، هو أن النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي كان قد أسـتعمل من قبل الشركات الفرنسية في مواجهة المجموعات المحلية الوطنية (244)، حتى وإن كان في نهاية الأمر يعد اللجوء إليه جوازيا وليس إجباريا (245) وكغيره من أنظمـة التحكـيم الأخرى المعروفة دوليا فقد نظمت اللائحة الجزائرية الفرنسية التحكيم في جميع مراحلـه بدءا من تكوين المحكمة التحكيمية (الفصل الأول) إلى تحديد القانون الواجـب التطبيـق والتصريح بالقرار التحكيمي الذي بواسطته يمكن للمحكمة أن تقول كلمتها الأخيـرة فـي النزاع (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تكوين المحكمة التحكيمية

تعرف المحكمة التحكيمية في تكوينها طبقا للائحة التحكـيم الجزائريـة الفرنسـية مرحلتين: مرحلة التعيين وما يتبعها من رد للمحكمين وإستخلافهم إن إقتضت الضـرورة (المبحث الأول). أما المرحلة الثانية، فتتعلق بتحديد مهمة وإختصاص المحكمة التحكيمية طبقا للائحة (المبحث الثاني).

---

(243) Voir sur ces accords voir Rousseau. Ch, Droit international public T1, Introduction et sources, Sirey, 1970 n° 48.
(244) Voir Terki. N, « L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie », Rev.arb, 1990, p. 585 et s.
(245) Mebroukine. A, « Le règlement algéro-français du 27 mars 1983 », Rev.arb, 1986, p. 194.

المبحث الأول: تعيين ورد وإستبدال المحكمين

تحت هذا العنوان سنعالج في شق أول، كيفيات تعيين المحكمين (المطلـب الأول). أما في شق ثان، فسـوف نتعـرض إلـى طـرق رد المحكمـين وأسـاليب إسـتبدالهم (المطلب الثاني).

المبحث الأول: تعيين المحكمين

يخضع تعيين المحكم طبقا للإتفاق الجزائري الفرنسي إلى إجراءات محددة. أولها، وهو أن الطرف الطالب الذي يرغب في تعيين هذا المحكم يجب أن يقدم طلبا في ذلـك. وأهم من ذلك أن يرفق طلبه هذا ببعض المعلومات. وأهمها طبقا للمادة 3-3 من الإتفاق وثيقة يثبت من خلالها وجود إتفاق للتحكيم إلى جانب ذكره إسم وصفة وإقامـة المحكـم المختار. أما بالنسبة للمطلوب، فعليه أن يختار محكما له خلال فترة لا تتعدى ثلاثون يوما تبدأ من تاريخ تسلمه للطلب. أما في حالة ما إذا لم يقم هذا الأخير بإختيار محكم له، فإنه عملا بالمادة 5-1 من الإتفاق، وإذا كان هذا المطلوب هو الطرف الجزائري، فإن رئيس محكمة الجزائر هو الذي يتولى تعيين هذا المحكم، أما إذا كان الطـرف المتقـاعس هـو الطرف الفرنسي فإن لرئيس المحكمة التجارية لباريس صلاحية تعيين هذا المحكم.

وفي صورة ما إذا تم تعيين المحكمين، فإنه يصبح على عاتق هـذين المحكمـين مهمة تعيين محكم ثالث ليرأس الهيئة التحكيمية، ويكون ذلك بإستعمال القرعة، وبناء على قائمة تكون ملحقة بالعقد وتحتوي على عشرة أسماء. وهؤلاء العشرة، يجب ألا يحملوا لا الجنسية الجزائرية ولا الجنسية الفرنسية (246). أما إذا لم تعمد هيئة التحكيم إلـى إختيـار محكم في حال تقاعس أحد الطرفين، فإن الإتفاق الجزائري الفرنسـي قـد خـول لأحـد الطرفين أن يلتمس الأمين العام للهيئة الدائمة للتحكيم "بلاهاي" الوحيدة المؤهلة لإختيـار هيئة أخرى تكلف بتعيين المحكم بدلا من الطرف المتخاف (247). وفي حال عدم إختيـار المحكمين المعينين للمحاكم الثالث، فإنه يقع أيضا على عاتق الأمين العام لـنفس الهيئـة إختيار هذا المحكم.

(246) راجع المادة 5-2 من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي، المرجع السابق، ص. 313.
(247) راجع المادة 5-3 من لائحة التحكيم، المرجع السابق، ص. 312.

الملاحظ، أن الرجوع في كل مرة إلى الأمين العام للهيئة التحكيمية الدائمـة هـي نفس الطريقة المتبعة من طرف نظام تحكيم "كنودسي" (248). إلا أن الشيء المؤكد، هو أن مراحل تكوين الهيئة التحكيمية طبقا للائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية تبدو معقدة وهو ما يتناقض نظريا وعمليا مع المرونة التي يتميز بها عادة التحكيم التجـاري الـدولي (249). ولكن نعتقد من جهة أخرى، أن التنصيص على التعيينات بهذه الطريقة قد يعكس حـرص محرري اللائحة على وضع آليات صارمة تحكم كيفية تشكيل المحكمة حتـى لا يكـون عرضة للمناورات. وهو ما يدفع غالبا الطرفين في مثل هذه الظروف إلى محاولة توقـع كل شيء.

وعلى صعيد آخر، ولإكساء مزيد من الفعالية على عملية التعيين يـنص الإتفـاق الجزائري الفرنسي على أن يكون رئيس هيئة التحكيم من جنسية أخرى غير تلـك التـي يتمتع بها الطرفان في النزاع. وهذا من شأنه أن يحقق إستقلالية رئيس هيئة التحكيم عـن الطرفين المتنازعين، إلا أن المستغرب في هذا الإتفاق، هو تأكيده على الجنسية كشـرط لضمان حياده. نعتقد، أن إبراز عامل الجنسية والتركيز عليه على حساب عوامل أخـرى كالإقامة واللغة قد يعود إلى ما يتمتع به رئيس الهيئة التحكيمية من سلطات واسعة ومدى تأثير هذه السلطة على مصير النزاع. ولكن هل أن الجنسية تعد وحدها الكفيلـة بتحقيـق حياد رئيس الهيئة؟ إن حياده قد يتحقق من خلال شخصية المحكم الرئيس نفسه، وبعبـارة أخرى، كان من الأجدر البحث قبل كل شيء عما إذا كان يحمل نفس الثقافـة التـي قـد يحملها أحد طرفي النزاع أو حتى أحد المحكمين اللذين تتشكل منهما هيئة التحكيم.

أما عن إنتاج الإتفاق الجزائري الفرنسي لنظام تحكيمي تعددي وليس أحاديا، فلأنه يعتبر في نظر محرري هذا الإتفاق خير ضمان لتحكيم حر ونزيه، خاصة وأنه المعمـول به غالبا، من طرف بعض القوانين الوطنية وأنظمة التحكيم الدولية (250).

---

(248) أنظر المادة 11-4-ج من نظام التحكيم "لكنودسي".

(249) Mebroukine. A, op cit, p. 203.

(250) C’est le cas de la LDIP suisse de 1987 ou la loi-type de la CNUDCI (art 10). Sur interprétation d’une clause prévoyant un « tribunal de pas moins de deux arbitres » en application du Concordat international suisse. Voir T.F suisse, 20 mars 1995, Bull. A.S.A. 1995, 511.

أما عن نظام المحكم الوحيد، فهو كان ولا يزال محل إنتقاذ من طرف العديد مـن الفقهاء خاصة إذا كان هذا المحكم من الغرب في قضية يكون أحد أطرافها الدولـة (251). فقد يعاب عليه إنحيازه للشركات الأجنبية وإختياره منهجية للحل تختلف تمامـا عمـا إذا كانت المحكمة مكونة من عدة محكمين. وفي نظرنا، إن إختيار هيئة تحكيمية عوضا عن محكم وحيد من شأنه أن يحقق توازنا في المصالح وتعددا في النظرة بعيدا عـن أحاديـة المفهوم والإستدلال. ولكن في المقابل، حتى في هذه الحالة، فإن لنظام تعـدد المحكمـين عيوب أيضا. فغالبا ما يعاب على هذا النظام تحويل المحكمين الذين يفترض فيهم التحلي بنوع من الإستقلالية والحياد إلى مجرد موكلين عن الأطراف الـذين قـاموا بتعيينـهم، والوصول في النهاية إلى إفراغ إجراءات التحكيم من أي محتوى. وعليه، فإن نجاح مثل هذا النظام يتوقف على مدى تعاون المحكمين المساعدين وعلى قدرة المحكم الرئيس على إدارة عملية التحكيم وتحقيق التوازن بين المصالح وإحتكامه إلى إتفاق التحكيم الذي يعبر في النهاية عن إرادة الطرفين في تسوية النزاع عن طريق التحكيم التعددي عوضا عـن المحكم الوحيد، خاصة وأن أنظمة التحكيم المؤسساتي والحر (252) وكذلك القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي بوجه عام تمنح الأولوية في إختيار نمط تعيين المحكمين إلى إرادة الطرفين (253).

المطلب الثاني: رد وإستبدال المحكمين

هناك سببان يستدعيان رد المحكم وهما عدم الحياد وعـدم الإسـتقلالية. وهـذان السببان يقران عدم نزاهة المحكم مهما كان هذا المحكم، سواء أكان وحيدا طبقـا لنظـام المحكم الوحيد أو تعدد المحكمين، ذلك أن الإتفاق الجزائـري الفرنسـي يتحـدث عـن "كل محكم" بدون تمييز. إن الإتفاق هنا، يفرق بين الإستقلالية والحياد. وفعلا، لا يمكن أن يقع تشبيه الإستقلالية بالحياد (254) لأن المصطلحين يختلفان من حيث المعنى والمدلول.

---

(251) Bencheneb. A, op cit, p. 241.

(252) أنظر المادتين 37 و40 من نظام تحكيم "سيردي" والمادة 10 فقرة أولى من نظام تحكيم "كنودسي".

(253) راجع المادة 1493 من القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية والمادة 458 مكرر 2 من قانون الإجـراءات المدنية الجزائرية.

(254) Robert. J, L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé, Dalloz 6ème éd 1993, p. 112.

اليوم، يمكن القول أنه يوجد إجماع بين جميع الأنظمة والمذاهب (255) وفقه القضاء (256) على أن عدم الإستقلالية تعني أن هناك رابطة خضوع المحكم لأحد طرفي النـزاع. أما الحياد فيقصد به أن المحكم عند الفصل في النزاع قد تخلى عن أصوله الثقافية (257).

أما نحن، فنعتقد أن الإستقلالية يمكن أن تكون قرينة عن حياد المحكم حتى يثبـت العكس، لأن الإستقلالية قد لا تعني عمليا بالنسبة لعمل المحكم أنه محايد حتى وإن جـاز نظريا عدم الخلط بين المصطلحين.

ولكن، لتقدير عدم إستقلالية المحكم وعدم حياده كان لا بد من اللجوء إلى معـايير موضوعية، وإلا كان بإمكان أي طرف في النزاع أن يطلب رد المحكم لأي سـبب كـان (258). ولهذا الغرض، فقد أكد الإتفاق الجزائري الفرنسي على أن هـذا التقـدير يمكـن إستخلاصه من الظروف المحيطة بعملية التحكيم والتي تفيد أن شكوكا تحوم حول نزاهـة المحكم سواء من حيث عدم حياده أو عدم إستقلاليته (259). وبعبـارة أخـرى، أن علـى المحكم أن يكون محايدا ومستقلا. ومثل هذين الشرطين قد وقع تكريسهما من قبل الأنظمة القانونية الوطنية (260) وأنظمة التحكيم للمراكز الدولية المعروفة. وفي هذا المعنى، فـإن الإتفاق موضوع الدراسة يلتقي مع هذه الأنظمة وخاصة مع نظام التحكيم "لكنودسي" (261) وكذلك مع نظام الغرفة الدولية للتجارة (262). وإن كان نظام هذه الأخيرة، وكـذلك نظـام "سيردي" كلاهما يأخذ فقط بمعيار الإستقلالية ويصرفان النظر عن معيار الحياد.

يبقى لنا أن نسأل بعدما تأكدنا من عدم حياد المحكم وإستقلالية، ما هي الإجراءات الكفيلة برد المحكم طبقا للإتفاق؟ قبل كل شيء، أول إجراء يجب القيام به، وهو أن علـى المحكم أن يعلم الطرف الذي عينه بكل واقعة أو عنصر من شأنه أن يطعن في إستقلاليته أو في حياده. ويمكن أن يقوم بهذا الإعلام إما قبل تعيينه أو منذ تعيينه.

(255) Voir la procédure arbitrale et indépendance des arbitres, Publication CCI, n° 472, 1991.
(256) Paris, 28 juin 1991, Rev.arb, 1992, p. 568, note Bellet. P, aussi Paris. 9 avril 1992, affaire Annahold BV. C/D. frydman et autres, D 1992, informations rapides, 173.
(257) Robert. J, op cit, p. 117.
(258) Stephen R. Boud, « La constitution du tribunal arbitral » Bull, C.C.I, n° spécial. déc 1997, p, 22.
(259) أنظر المادة 6-2 من الإتفاق الجزائري الفرنسي، المرجع السابق، ص. 313.
(260) المادة 4578 مكرر 5 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، وكذلك المادة 57 من قانون التحكيم التونسي.
(261) راجع المادة 14 فقرة 1 من نظام تحكيم "كنودسي".
(262) مادة 2 فقرة 7 من نظام تحكيم الغرفة الدولية لتجارة.

وخارج هذه الحالة التي يعلم فيها المحكم عن عدم حياده أو عدم إستقلالية، فإنه يمكن أن يكون هذا الأخير محل رد من قبل الطرف الذي عينه لسبب كان على علم به وقت التعيين وهذا طبقا لمادة 6-3 من الإتفاق. وهي ميزة تعود عادة إلى التحكيم الخاص الذي من مبادئه أنه لا يسمح برد المحكم إلا لمن قام بتعيينه، بينما إذا رجعنا إلى أنظمة التحكيم الدائمة، فإننا نجد أن تقدير أسباب الرد أو الرد في حد ذاته لا يعود إلا إلى الهيئة التحكيمية الدائمة أو إلى لجنة تنشأ لهذا الغرض. ولكن، إذا كان رد المحكمين هو من صميم إرادة الأطراف طبقا لمبدأ الإرادة الحرة للأطراف، فبالنسبة لهذا المجال بالذات، فإن هذه القاعدة ليست دائما محترمة. فقد تستغل من بعض أصحاب النوايا السيئة لإثارة رد تعسفي قد يؤدي في النهاية إلى شل السير العادي للتحكيم. ولهذا السبب، فقد يخشى أن يتحول الرد من وسيلة لتكوين هيئة تحكيمية غير محايدة ومستقلة إلى وسيلة مناورة بيد أحد الطرفين، الهدف منها عرقلة إجراءات التحكيم ومحاولة ربح الوقت على حساب الطرف الآخر.

من جهة أخرى، إلى جانب رد المحكم لأسباب معينة مثلما رأينا، هنالك ظروف تستدعي أحيانا إستبدال المحكم ويكون ذلك سواء بعد رده أو عزله أو عند إمتناعه عن القيام بالمهمة المنوطة به، شريط أن تكون هذه الأسباب حقيقية وليست وهمية (263)، إلى جانب حالة الوفاة بعد التعيين أو أثناء تأدية المهام.

إن نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لم يغفل مثل هذه الحالات، فقد نص على بعض منها صراحة كحالة الوفاة أو وجود مانع يحول دون ممارسة المحكم لوظيفته أو بعد رده طبقا للمادة 7 من نظام التحكيم. إلا أن هذه المادة تضيف إلى الحالات المذكورة سلفا "أي سبب آخر". نعتقد أنه بما أن أسباب الإستبدال هي عديدة ومتنوعة بحيث يصعب معها حصرها وتحديدها. فلهذا الغرض، إرتأ الطرفان إضافة هذه العبارة حتى يتمكنا من تغطية قدر الإمكان حالات إستبدال أخرى قد يفرزها الواقع.

---

(263) Voir Gaillard. E, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage international », Rev.arb. 1990, p. 759 et s.

على صعيد آخر، وبما أن هذه الأسباب هي مجرد عناصر مادية، فنرى أنها تدخل ضمن السلطة التقديرية للهيئة القضائية المختصة للنظر فيما إذا كان السبب المثار خـارج الأسباب المحددة أصلا يستوجب إستبدال المحكم أم لا؟

أما عن الإجراءات المتبعة في الإستبدال، فهي تخضع لـنفس إجـراءات التعيـين والمنصوص عليها في المادتين 3 و5 من نظام التحكيم. فيكون بـذلك الجهـة القضـائية المختصة في النظر في مدى صحة الإدعاء بالإستبدال من جانب أحد الطرفين المتعاقدين هو رئيس المحكمة الإبتدائية. وفي حال عدم إستجابة الهيئة المختصة لطلب الإسـتبدال، يلجأ إلى الأمين العام للهيئة الدائمة للتحكيم "بلاهاي" للقيام بذلك عوضا عنها.

بالنسبة لرئيس المحكمة، فبالرغم من سلطة الإستبدال المخولة له قانونا فغالبا مـا يستعمل هذه السلطة بحذر، ذلك أن عمل القاضي هو عمل مساعدة. ونتيجة لذلك فهو بقدر ما يقوم "بإثبات الحالة المؤدية للإستبدال، فهو يسعى لإعادة التعاون إلـى مسـاره بـين الطرفين" (264) إلى جانب "مساعدة المحكمين على مواصـلة عمليـات التحكـيم بـدون تأخير" (265).

المبحث الثاني: مهمة وإختصا ‌ؕ المحكمة التحكيمية

تتعرض لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية في بعض بنودها إلـى وثيقـة المهمـة بإعتبارها الوسيلة التي تستنير بها المحكمة للفصل في العديد من المسائل المتنـازع فيهـا (المطلب الأول). كما أنها تشير في بنود أخرى إلى موضوع إختصاص المحكمة والـذي يعتبر حجز الزاوية في تكوين المحكمة (المطب الثاني).

المطلب الأول: مهمة المحكمة التحكيمية

بعد تكوين المحكمة التحكيمية، فإن على هيئة التحكيم أن تقوم بإعداد وثيقة تحـدد فيها المهمة الملقاة على عاتقها طبقا للمادة 10-1 من الإتفاق (266).

---

(264) TGI, Paris, réf, 24 février 1992.
(265) TGI, Paris, réf, 10 avril, 1990.
(266) تأخذ بعض الأنظمة التحكيمية مثل النظام التحكيمي للمركز البلجيكي للتحكيم الوطني والدولي بوجوبيـة محـرر المهمة (المادة 17) بينما يعتبره نظام التوفيق والتحكيم والخبرة لغرف التجارة الأورو عربية جوازيا فقـط (المـادة 23 فقرة 7).

وإذا كان نظام التحكيم الجزائري الفرنسي قد كرس مبدأ وجوبية إعـداد محـرر للمهمة، فلأنه يعتبره الوسيلة الأكثر فعالية لإدارة جيدة للعدالة حتى وإن شكل هذا المحرر في السابق موضوع مناقشات حادة تناولت مبررات وجوده ومقاصده (267). ولكن لا أحـد ينكر اليوم، أن محرر المهمة يعد أداة لا تعوض لأنه ينيـر المحكمـة التحكيميـة حـول المسائل المتنازع فيها وقيمة دفوعات وأسانيد كل طرف إلى جانب كونـه يسـاعد علـى إسقاط أسباب بطلان القرار التحكيمي في حالة إغفاله (268).

أما من حيث محتوى هذا المحرر، فيجب أن يتضمن جميع النقـاط والمعلومـات المتعلقة بالنزاع كأسماء أطراف النزاع وصفاتهم وعرض مـوجز لإدعـاءاتهم ومكـان التحكيم (269) وبعبارة أخرى، كل العناصر التي من شأنها أن تساعد المحكمة التحكيميـة على تحديد القواعد الرئيسية التي سوف تحكم سير إجراءات التحكـيم وكـذلك القواعـد المتعلقة بموضوع النزاع (270). ومن الآثار المترتبة عن وجوب إعداد محرر المهمة هـو إلزامية هذا المحرر إزاء الطرفين وإزاء المحكمين. ويختلف هنا الفقهاء وكذلك الإجتهـاد القضائي حول مدى إلزامية هذا المحرر في وجود إتفاقية للتحكيم تربط بـين الأطـراف، ذلك أنه في غياب أي إتفاق للتحكيم فقد تعد وثيقة المهمة تعبيرا عن خضوع الأطراف إلى التحكيم كما يمكن أن تشكل لوحدها إتفاقا على التحكيم (271) Un compromis حتى وإن كانت وجهة النظر هذه محل إنتقاد من طرف العديد من الفقهاء (272).

المهم أن أي إتفاق بين الطرفين الجزائري والفرنسي وقع تضمينه في وثيقة يعـد بمثابة إتفاقية Convention يجب على المحكمين والطرفين إحترامها، بإعتبار أن هذا الإتفاق إنما هو تجسيد لإرادة الطرفين الحرة (273).

---

(267) Sur l'ensemble de ces critiques, voir Kassis. A, Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, les déviations de l'arbitrage institutionnel, L.G.D.J, 1988, p. 226.
(268) Gaillard. E, « Instance arbitrale », Juris class, DIP, 1994.
(269) مادة 10-1 من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي، المرجع السابق، ص. 314.
(270) Arnaldez. J.J, « L'acte de mission dans l'arbitrage commercial international », in Mélanges Bellet, L.G.D.J, 1987, p. 42 et s.
(271) 19 mars 1987, Kis France c/ABS et Mawad, Rev.arb, 1987, p. 498.
(272) Goldman. B, note sous Paris, 12 juillet 1984, JDI, 1985 spécialement, p. 152.
(273) Paris, 19 décembre 1986, SOFIDIF, Rev.arb, 1987, 359, comm, Gaillard. E, p. 275 et s.

ولكن بشرط أن تقوم إلتزامات المحكمين المدونة في وثيقة المهمـة علـى بنـود صريحة ودقيقة (274).

وبوجه عام، يجب أن يكون محرر المهمة خال من أي غموض أو سهو قد يثيـر حفيظة أحد المحكمين ويدفعه إلى عدم إمضائه. ولكن ما إنعكاس ذلك إن صر أحدهم على عدم إمضاء الوثيقة على مصير التحكيم؟ إن المادة 10-03 من نظام التحكيم الجزائـري الفرنسي صريحة في هذا الموضوع. فهي لا تجعل من شكلية الإمضاء شـرطا جوهريـا لمواصلة التحكيم ولا حتى للتصريح بقرار التحكيم. وهو نفس المبدأ الذي نجده في نظـام تحكيم الغرفة الدولية للتجارة (275).

المطلب الثاني: إختصا ţ المحكمة التحكيمية

قبل كل شيء، يجب التصريح بأن نظام التحكيم الجزائري الفرنسـي هـو نظـام جوازي. وبالتالي فالأطراف هم أحرار في ألا يخضعوا نزاعاتهم إلى مثل هـذا النظـام. إذن، القول بإختصاص المحكمة يبقى مشروطا بإرادة الأطراف الحرة. ولكن أيضا بوجود شرط التحكيم الذي يجب إثباته من قبل هؤلاء، وذلك طبقا للمادة 3-3 من نظام التحكـيم. يجب الإعتراف من جهة أخرى، أن الإقرار بأن للمحكمة التحكيمية سـلطة النظـر فـي النزاع المطروح أمامها لا ينفي وجود إختصاص ثان ملحق بها وهو أنها يمكن أن تتخـذ إجراءا تحكيميا يكون بمثابة وسيلة توفيقية تنهي به النزاع. وفي هذا الخصوص، فقد نص النظام التحكيمي على إمكانية أن تصـدر الهيئـة التحكيميـة قـرار "إتفـاق الأطـراف "Sentence d'accord des parties" تكرس من خلاله المحكمة إتفاق الأطراف علـى تسـوية نزاعها بالتراضي (276) خاصة، ونحن نعلم أن السبيل الوحيد للمحافظـة علـى علاقـات إقتصادية جيدة هو توخي الطرفين الأسلوب الودي في تسوية نزاعهما الناشئ عـن عقـد إستثماري طويل الأمد. وهذا القرار التحكيمي الذي يصدر عن المحكمة التحكيمية يمكـن أن ينفذ فورا.

---

(274) Cass. Civ, I, 08 mars 1988, Rev.arb, 1988, 781, note Jarrosson. Ch

(275) مادة 16 من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي، المرجع السابق، ص. 317.

(276) مادة 1 من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي، المرجع السابق، ص. 311.

لكن إختصاص المحكمة يبقى مرهونا أيضا بشرط آخر، ألا وهو أن ينصب النزاع على عقود تجارية، ذلك أن النظام التحكيمي يتكلم عن "العقد التجاري" (277).

وبمعنى آخر، أنه يستبعد أي شكل آخر من أشكال العقـود المعروفـة، ونخـص بالذكر منها العقود الإدارية. لكن في خصوص هذه الأخيرة بالذات، فإنه يصعب التفرقـة بينها وبين العقود التجارية التي تكلم عنها نظام التحكيم الجزائري الفرنسي إذا أخذنا فـي عين الإعتبار أن مجالات تدخل الدولة واسعة قد يصعب من خلالها التفرقة بـين نشـاط للدولة يدخل ضمن العقود التجارية التي يحكمها القانون الخاص بصفتها تـاجرة، وبـين العقود الأخرى الغير تجارية مثل العقود الإدارية والتي تشارك فيها الدولة على أساس أنها الدولة السلطة العمومية، خاصة وأن هذه العقود كانت تعد من مشمولات السيادة الوطنيـة للدولة ولصيقة بمبادئ معروفة كمبدأ السيادة في إستغلال الثروات الطبيعيـة ونظـالات الدول ومنها الجزائر من أجل إقامة نظام إقتصادي جديد (278). وكلها في الحقيقة مبـادئ تتصل بتصور تقليدي إرتباط قديما بأشخاص القانون العام وهو تصور لا يخلو من خليفة إيديولوجية (279). وإن كانت هذه المبررات لم يعد لها الصدى الذي كان في ظل التغييرات التي تشهدها العلاقات الإقتصادية الدولية اليوم والقانون الداخلي بالضرورة وهـي التـي كانت بالأمس موضوع نزاعات عرفتها العديد من المحاكم التحكيمية (280).

---

(277) Bencheikh. A, « Souveraineté, développement et perspective du nouvel ordre économique international », communication au Colloque d'Alger, 11-14 octobre, 1976, p 15.
(278) Bouony. L, « Les personnes morales de droit public et l'arbitrage », in les entreprises tunisiennes et l'arbitrage international, colloque, 2-3 et 4 novembre 1981, éd C.E.R.P, Tunis 1983, p. 247 et s.
(279) Voir notamment, sentence gouvernement Lybien c/Texaco et calasiatic du 19 janvier 1977, in P.G.A n° 192 du 16 mars 1977, p. 15. Le texte intégral de la sentence, in Clunet 1977, p. 350-389. Aussi sentence Elf Aquitaine Iran c/National Irania Oil compagny du 14 janvier 1982, Re. arb, 1984, p. 333, comm. Fouchard. Ph, p. 339-359. Sentence Framatone et autres c/A.E.O.F. (Iran) rendue le 30 avril 1982, Clunet 1984, p. 58 et s, comm Oppetit, p. 37 et s.
(280) V. Le Boulanger. Ph, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, 1985. Lalive, J.F, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et entreprises privées. Développements récents », cours la Haye, 1984, t-181.

أما اليوم، فأغلب الفقهاء يتفقون على أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب هي عقود يحكمها القانون الخاص. ومثل هذا التكييف قد شق طريقه الآن وأصبح هو السائد (281).

ولكن إذا كان إختصاص المحكمة التحكيمية يتطلب إدراج شرط للتحكيم في العقـد وأن يكون هذا الأخير ذا طبيعة تجارية، فإنه يتطلب أيضا أن يكون للطرفين المتعاقـدين الأهلية في اللجوء إلى التحكيم. إذا كان القانون الفرنسي (282) وتحت تأثير فقه القضاء قد حسم في موضوع أهلية الدولة والمؤسسات العمومية في لجوئها إلى التحكيم منذ قضـيتي San Carlo و Galakis (283)، فإن القانون الجزائري، قد شهد قبل هذا الإتفاق ثم بعـد هـو أيضا خاصة بعد التعديلات الأخيرة التي أجريت على قانون الإجراءات المدنية، تطـورا إيجابيا نحو تكريس مبدأ أهلية الدولة والأشخاص العمومية في اللجوء إلى التحكيم. إلا أن الشيء الذي يجب أن نؤكد عليه هو أن الموقف الإيجابي للسلطات العمومية جاء بعد تردد دام لسنوات أصدرت خلالها السلطات العمومية نصوصا قانونية كثيرا ما كانت تتسم فـي الغالب بالإحتشام والغموض وحتى بالتناقض (284)، إلى جانب كونها كانت محل إنتقاذ من قبل الفقه (285).

---

(281) Voir notamment Fouchard. Ph, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », J.D.I, 1982, p. 374 et s et pour le même auteur « la réforme de l'arbitrage international en France-Introduction : spéci de l'arbitrage international », Rev.arb, 1981, p. 449 et s. Béguin. J, « Les grands traits du décret français du 12 mai 1981 sur l'arbitrage international », Journée Société légis. Comparée, 1983, p. 359 et s. Bellet. P et Mezger. E, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », Rev.Crit. DIP, 1981, 611 et Robert. J, « L'arbitrage en matière internationale », D. 1981, chr, p. 209 et s.

(282) Affaire ONIC c/ Capitaine du San Carlo, C. cass, I. ch. civ 14 avril 1974, D 1974. 637. Trésor public c/ Galakis. C. cass, 2 mai 1966, Bull. civ, I, n° 256, p. 199.

(283) مرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم لصفقات المتعامل العمـومي فـي مـواده 5 و55- منشور الوزير الأول عدد 603 المؤرخ في 18 نوفمبر 1982 (غير منشور). المرسوم رقم 91-434 لـ 9 نـوفمبر 1981 المتعلق بالصفقات العمومية في مادته 51 – قانون 23 أوت 1982 المتعلق بالشركات المختلطة الإقتصـاد فـي مادته 53 فقرة 1 و2 – القانون المعدل رقم 86-13- 19 أوت 1986 في مادته 26 التي تضيف مادة 53 مكرر لقانون سنة 1982 – قانون رقم 86-14 – 19 أوت 1986 حول المحروقات في مادته 63.

(284) Issad. M, « Le nouveau droit de l'arbitrage », in actes du séminaire sur l'arbitrage commercial international, Alger, 14-15 décembre 1992, p. 69 et s.

(285) المادة 16-1 من بروتوكول التعاون ينص على أن " .... النزاعات التي من الممكن أن تنشأ عن إنعقاد أو تنفيـذ العقود المبرمة بين المتعاملين يقع تسويتها وديا.

- في حالة إذا لم تسوى بالتراضي تحل هذه النزاعات طبقا لأحكام هذه العقود التي يمكن أن تنص على اللجـوء إلـى إجراء خاص.

- يصادق المتعاملون الجزائريون والفرنسيون على نص التسوية الذي من الممكن أن ترجع إليه العقود التجارية المبرمة بينهم".

أما إذا نظرنا إلى الموضوع من زاوية القانون الإتفاقي والعلاقات الثنائية التي تربط بين الجزائر وفرنسا. فيجدر بنا أن نلاحظ أنه قبل هذا النظام، فإن إتفاق التعاون المبرم في 11 جوان 1982 إلى جانب كونه قد فصل في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لا مناص منها لتسوية النزاع بين الدولة والمستثمرين الفرنسيين (286)، فقد فصل أيضا في موضوع من يحق له اللجوء إلى التحكيم عندما أشار إلى أنه يمنع على المجموعات المحلية (الولايات والدوائر) اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية مع المستثمرين الفرنسيين وخص بهذا الإمتياز فقط الأشخاص التي تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلالية المالية التي تملك حق إبرام عقود تجارية في مجال السكن في مكان هذه المجموعات (287).

وعلى صعيد أخر، يطرح نظام التحكيم الجزائري، الفرنسي إشكالية تتعلق بإستقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي (288). وبعبارة أخرى، ما مصير الشرط التحكيمي الذي منح الإختصاص للمحكمة التحكيمية إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمنه هو مشوب بالبطلان؟ الإجابة هي في المادة 9-3 من نظام التحكيم والتي تنص على أن الشرط التحكيمي الذي هو جزء من العقد الذي ينص على التحكيم طبقا لهذا النظام، يعتبر بمثابة إتفاق مستقل عن بقية الأحكام الأخرى للعقد. إن إثبات بطلان العقد من طرف الهيئة التحكيمية لا يؤدي حتما إلى بطلان الشرط التحكيمي. إن مبدأ إستقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي هو مبدأ كرسه فقه القضاء الفرنسي منذ قرار Gosset سنة 1963 ثم جرى التأكيد عليه فيما بعد في مختلف القرارات القضائية الفرنسية (289). ثم من قبل الأنظمة التحكيمية الأخرى مثل نظام التحكيم للغرفة الدولية للتجارة (290) وكذلك نظام تحكيم اللجنة الأممية للقانون التجاري "كنودسي" (291).

---

(286) Mebroukine. A, « L e réglement algéro-Français… », op cit, p. 192.
(287) Sur l'ensemble de la question, voir Ancel. J.P, « l'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Trav. Com. Fr. DIP, 1991-92, p. 72. Blanchin. C, L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction, préface Gaudemet, L.G.D.J, 1995.
(288) Cass I, civ, 7 mai 1963, Gosset, JCP, 1963 : II : note Goldman. B, Paris 4 mars 1986, Rev.Arb, 1987, p. 167, note Jarrosson.
(289) مادة 8 فقرة 4 من لائحة تحكيم الغرفة.
(290) مادة 21 فقرة 2 من نظام تحكيم "كنودسي".
(291) Fouchard. Ph, « Les travaux de la CNUDCI, le règlement arbitral », Clunet 1979, 837 et Goldman. B, Arbitrage (droit international privé), Dalloz, rép int, 1968, n° 57.

ولكن الشيء المؤكد، هو أنه إذا كان مبدأ إستقلالية الشرط التحكيمي يعني أنه لا مجال للتصريح ببطلان هذا الشرط حتى مع بطلان العقد الأصلي، فهذا دائما صحيحا، وإلا تحول مبدأ إستقلالية شرط التحكيم إلى هدف في حد ذاته. ذلك أنه إذا كان العيب الذي يشوب العقد الأصلي (مثلا عيب في الرضا) من شأنه أن ينعكس على الشرط التحكيمي. فإن هذا الأخير يمكن إبطاله من قبل المحكميين. وفي هذه الحالة، يصبح من الصعب على هؤلاء أن ينظروا في النقاط الأخرى المتعلقة بالنزاع. أما العكس، فهو صحيح، ذلك أنه يمكن لهيئة التحكيم أن تصرح بأن البطلان قد طال فقط العقد الأصلي ولم يطل الشرط التحكيمي وبالتالي يحق لها أن تبحث في النتائج المترتبة عن بطلان العقد الأصلي كتحديد مسؤولية الأطراف عن بطلان هذا العقد.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق والقرار التحكيمي

في هذا الإطار، ومن خلال قرائتنا للائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية سوف نحاول أن نقف في مرحلة أولى عند القانون الواجب التطبيق (المبحث الأول) قبل أن ندرس في مرحلة ثانية القرار التحكيمي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق

تميز هنا، لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات (المطلب الأول)، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المطلب الثاني) بحكم أنهما لا ينتميان بالضرورة إلى نظام قانوني واحد.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

إن المادة 12 من نظام التحكيم الجزائري الفرنسي تنص على أن "القواعد المطبقة أمام هيئة التحكيم هي تلك التي تحكمها اللائحة الحالية وفي حال سكوت هذه الأخيرة تسري عليها القواعد التي يحددها الأطراف أو في غياب ذلك هيئة التحكيم بالرجوع أو لا إلى قانون وطني للإجراءات يكون قابلا للتطبيق على التحكيم". بادئ ذي بدأ تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة هي مستمدة حرفيا من المادة 15 من نظام التحكيم التابع للغرفة الدولية للتجارة (292)، والتي تتميز خاصة بنوع من الليونة.

(292) نظام الغرفة الداخل حيز التنفيذ إبتداءا من 1 جانفي 1988.

إن إخضاع الإجراءات إلى مبدأ حرية الأطراف في تحديد قواعد سيرها هو الآن مكرس بصفة مطلقة في التحكيم التجاري الدولي وأصبح معمولا به من طرف أغلب التشريعات الوطنية (293). والأكثر من ذلك، فإنه يمكن للأطراف أن يتفقوا على قواعد خاصة، تتكيف والنزاع كما يمكن لهم أن يستعينوا في ذلك بالقواعد الإجرائية المشتركة « Lex mercatoria ». إن حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يعني بالمقابل أن قانون المقر الذي يعود إلى مؤسسه الأول Sauser – Hall وإلى معهد القانون الدولي لم يعد له أي قيمة. للتذكير، تاريخيا كانت عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات تتم في غياب أي إتفاق بين الأطراف بالنظر إلى قانون المقر (294). ولكن ومنذ سنة 1975 فقد شهدت لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة تطورا نحو توطين الإجراءات. ومنذ ذلك الوقت، أصبح المحكمون غير مقيدين لا بالصلات الترابية ولا بقانون المحكم Lex arbitri (295). وحتى من الناحية العملية، فإن قانون المقر وبشهادة الممارسين للتجارة الدولية فإنه لم يلق تطبيقا له إلا في حالات نادرة. وحتى وإن جاز تطبيقه، فإنه يطبق بصفة إحتياطية (296). وحسب تقديرنا، فإن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية لم تخرج عن هذا الإتجاه، عندما إستبعدت قانون المقر كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم طبقا للمادة 10-2 منها. إلا أننا من جهة أخرى، نعتقد أن إختيار الجزائر كمكان للتحكيم ربما كان لأسباب تعود للظروف الملائمة pour des motifs de commodités أو لكون الجزائر تعد مكانا لتنفيذ العقد. ومهما يكن من أمر، فإننا نرى أن إختيار الجزائر كمكان للتحكيم يعتبر شيئا مهما بالنظر إلى النتائج المترتبة عنه على مستوى الإجراءات، كإمكانية الحصول على إجراءات مؤقتة أو تحفظية وعلى جنسية القرار التحكيمي وتأثير النظام العام لمقر صدوره.

---

(293) France art 1994 du NCPC, Suisse, art 182 loi fédérale de DIP, Algérie art 458 bis al 6 du CPC, Tunisie. art 64 du code de l'arbitrage. Goldman. B : « la volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », Rev.arb, 1986, p. 24 et s.

(294) مادة 16 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة لعام 1955.

(295) يجب التأكيد هنا على أن تخلي لائحة تحكيم الغرفة عن فكرة المقر وإنعكاساتها على الإجراءات التحكيمية يعود الفضل فيها إلى إتفاقية جنيف لـ 21 أفريل 1961 حول التحكيم التجاري الدولي وإلى الممارسة التحكيمية **la pratique arbitrale** إن إختيار المقر أصبح يعتمد فيه اليوم على معايير غير قانونية كالظروف الملائمة أو الإستقرار أو الحياد السياسي للبلاد أين تجرى فيه إجراءات التحكيم.

(296) Mebroukine. A, op cit, p 208 et s.

مع العلم أنه في هذا المجال بالذات يجب التأكد من وجود تطـابق بـين القـانون الواجب التطبيق على الإجراءات وقانون مكان التحكيم وإن كان حسب الأستاذ Lalive فإن "التوطين الجغرافي للتحكيم لا يؤدي حتما إلى التوطين القانوني" (297) إلا أن هذا الموقـف يختلف مع المادة 7 فقرة أولى من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تنص على أنه يمكن رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي "إذا كانت إجراءات التحكيم لم تكن متطابقة مـع إتفاقية الطرفين. أو في غياب أي إتفاق، إذا لم تكن متطابقة مع قانون البلد الذي وقع فيـه التحكيم" نعتقد، أن الطرفين الجزائري والفرنسي قد أصابا لما نصا على الجزائر كمكـان للتحكيم حتى لا يتركان مهمة تعيين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إلى الغيـر، نظرا لما لهذا الإختيار من إنعكاس على مصير النزاع (298). ولكن في غياب أي إختيـار من جانب الطرفين لهذا القانون، يصبح من حق المحكمين أن يختاروا بكل حرية القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة، أو بالرجوع إلى قانون وطني للإجراءات يكون مطبقا على التحكيم. مبدئيا، المحكمون هم أحرار في تحديد القواعد الإجرائية مثلمـا يرونهـا هـم. وبعبارة أخرى، ممكن لهيئة التحكيم أن ترجع في تحديدها للقواعد الإجرائية إلى أي قانون وحتى الرجوع إلى ما يسمى بالقواعد الإجرائية المشتركة Lex mercatoria.

الملاحظ في هذا الباب، أن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية لما منحت الطـرفين وكذلك المحكمين حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فقد كرست بذلك مبدأ التدويل على مستوى القواعد التي تحكم الإجراءات التحكيمية. وإن كان هذا التـدويل يشمل حاليا أيضا القواعد المطبقة على موضوع النزاع لوجود علاقة وثيقـة وضـرورية بين هذين النوعين من التدويل (299). وإن كان هذا التدويل قد أخذ في السابق صيغا مختلفة مثل إدماج المبادئ العامة للقانون طبقا للبند النموذجي "يجب أن تكون قرارات المحكمـين متطابقة مع العدل ومبادئ القانون الدولي" (300).

---

(297) Lalive. P, « les règles de conflit appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », Rev.arb, 1976, p. 170.
(298) Voir sur ce point, les observations de Javin sous la sentence rendue en 1984 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 44914, publiée au Clunet, 1985, vol 4, pp. 968-969.
(299) Voir en ce sens, affaire gouvernement Lybien c/Texaco et Calasiatic, extrait de la sentence, in Clunet 1977 p. 350 et commentaire de Lalive. J.F, p. 319 et s.
(300) « The arbitror shall base their décisions on equity and the principles of international law ». Delaume. G, « Des stipulations du droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle », Rev. belg de droit international, n° 2, 1968, p. 346.

ومن جهة أخرى، فقد طال هذا التدويل المكـرس مـن طـرف لائحـة التحكـيم الجزائرية الفرنسية حتى سير إجراءات التحكـيم فـي حـد ذاتهـا Le déroulement de la procédure arbitrale. وهكذا فالمادة 11 من لائحة التحكيم تعطي للهيئـة التحكيميـة كـل الصلاحيات من أجل تحديد القواعد المتعلقة بالتحقيق في النزاع، ولكـن شـرط إحتـرام مبادئ أساسية وهي مساواة الطرفين أمام القضاء التحكيمي وإحترام حقوق الدفاع بما فيها تقديم الطرفين لدفوعاتهما مرفوقة بالوثائق والمستندات المدعمة لها. وكذلك إحترام مبـدأ المواجهة (301) وفي هذا الجانب، نعتقد أن محرري لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية قـد إرتأوا إخضاع إجراءات التقاضي أمام المحكم إلى مبادئ أساسية أصبحت اليـوم تشـكل قواعد مادية ذات طابع دولي، عوض إخضاعها إلى أي قانون داخلي آخر. ولكـن هـل يمكن للهيئة التحكيمية بما لديها من سلطات أن تخرج عن هذه المبادئ الأساسية؟ لا نعتقد ذلك، وحتى وإن إستبعدت المحكمة التحكيمية هذه المبادئ، فإنها تكون بعملهـا هـذا قـد خرقت قواعد أصبحت مشتركة بين العديد من القوانين التي تحكم التجارة الدولية. وحتـى القرار الصادر عنها سوف لن ينفلت من الرقابة البعدية للمحاكم الوطنية، التي لها الحـق في أن تتأكد فيما إذا كانت الهيئة التحكيمية قد منحت كل الضمانات من أجـل إجـراءات منصفة وصحيحة وعادلة. أما عن الأسلوب التي تقوم عليها الإجراءات، فقد مزجت لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية بين طريقتين: الأسلوب الشفاهي من جهة وهو القريـب مـن الإجراء الأنجلوساكسوني والأسلوب الكتابي اللصيق بالثقافة القانونية الغربية. وبناء علـى ذلك، فإنه من حق المحكمة التحكيمية أن تستمع حضوريا إلى الأطراف بطلب من أحدهم (302). كما يمكن لها أن تفصل في النزاع "بناء على وثائق تطلب من الأطراف وبموافقتهم" (303). ولكن يبقى السؤال مطروحا، ما إذا كانت لائحة التحكيم تخير هذا الأسـلوب علـى ذاك أو أنها تعطي الأولوية لهذه الطريقة على تلك.

---

(301) Kessedjian. C, « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev.arb, 1985, p. 381 et s.

(302) مادة 13-1 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية، المرجع السابق، ص. 315.

(303) مادة 13-4، نفس المرجع، ص. 316.

نعتقد أنه لا خيار بالنسبة للائحة التحكيم بين هذين الأسوبين وإن كانت الأولوية تمنح أولا للإجراء الكتابي ثم للإجراء الشفاهي. وحول الأسلوب الكتابي بالذات، يعتقد بعض الفقهاء أنه تقليد مدني بالدرجة الأولى (304). وهي طريقة تأخذ بها لوائح التحكيم التقليدية مثل لائحة التحكيم للغرفة الدولية للتجارة وتحكيم "سيردي" (305) من جهة أخرى، نحن نعلم أن المفاوض الفرنسي وبالتبعية المفاوض الجزائري، ينتميان إلى بلدان ذات القانون المكتوب. لذا، نعتقد أن دراسة كيفية معالجة سير الإجراءات لا يمكن أن تكون بمعزل عن التصنيف القانوني المعروف الذي يميز بين بلدان القانون الشفاهي وبلدان القانون المكتوب. وعلى صعيد آخر، للهيئة التحكيمية الحق في أن تأمر بأي إجراء تحفظي أو موقت تراه مناسبا. وتعد هذه الإجراءات من صميم إختصاص الهيئة التحكيمية التي يمكن لها في أي وقت وقبل الفصل في الموضوع أن تأمر بأي إجراء، خاصة وأن القرار التحكيمي النهائي لم يصدر بعد (306). إن إعمال مثل هذه الإجراءات من شأنها أن تقلل من أسباب مضاعفات النزاع، ذلك أنها تعد في النهاية الوسيلة الأمثل لتفادي قطيعة نهائية بين المتعاقدين. ولكن مثل هذه الإجراءات التي تأمر بها الهيئة التحكيمية لا يمكن لها أن ترى النور بدون مساعدة من الهيئة القضائية المحلية التي يمكن أن تتدخل خلال الإجراءات بطلب من المحكمة التحكيمية. ولكن بدون أن يكون لهذا التدخل إنعكاس سلبي على الإختصاص المكفول لهذه الأخيرة، خاصة وأن هذا التدخل لا يمس موضوع النزاع ولا يتعارض مع السلطات التي يملكها المحكمون في هذا المجال والتي يستمدونها من إتفاقية التحكيم (307). وعليه، فإن العمل الذي تقوم به الهيئات القضائية المحلية يعد هاما نظرا لما توفره للمحكمة التحكيمية من مساعدة في إطار الإجراء التحكيمي (308).

---

(304) Rouhette. SG, « L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de common law », Rev.arb, 1974, p. 373 et s.

(305) راجع مادة 20 فقرة 2 و6 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة والمادة 31 من لائحة تحكيم "سيردي"

(306) Cette intervention est universellement admise et non contredite par les dispositions des codes de procédure civile (art 1441 du CNPC Fr et art 458 bis 9 du CPA Algérie). Voir aussi, chronique des sentences CCI, affaires 4126 et 4156 au Clunet 1984, pp. 934-937.

(307) C. cass 2ème ch. civ, 18/06/86, Sté Buzzichelli c/ Sarl Sermier M. Michel Hennion, Rev.arb, 1986, n° 4, p. 565 et s.

(308) Fouchard. Ph, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev.arb, 1985, p. 5 et s.

على صعيد آخر، يمكن للمحكمة التحكيمية وطبقا للمادة 13-3 أن تقوم "بتعيين خبير أو عدة خبراء تحدد مهامهم وتستلم تقاريرهم وتستمع إليهم". إن السلطة المعترف بها للمحكمة التحكيمية لا تبتعد عن قاعدة كلاسيكية معروفة تعمل بها الهيئات التحكيمية الأخرى وهو أن التعيين يتم خلال الإجراء التحكيمي وأن الخبير يسأل فقط أمام الهيئة التحكيمية التي قامت بتعيينه وليس أمام أي هيئة أخرى. ثم بعد إداء المهمة يقوم الخبير بإيداع تقريره الكتابي بين يدي المحكمين الذين يجب عليهم مبدئيا إطلاع الأطراف عليه. وتعد الخبرة هنا، وسيلة أخرى من وسائل الإثبات يقدم الخبير من خلالها رأيا فنيا خال من أي تقدير قانوني appréciation juridique (309). أما عن كيفية تعيين الخبير، فإن لائحة التحكيم موضوع الدراسة تختلف في هذه النقطة بالذات عن نظام "كنودسي" الذي ينص على أن للأطراف الحق في تعيين الخبراء (210) وإن إقتضى الأمر بصفتهم كشاهدين، بينما لا تمنح لائحة التحكيم الجزائرية سلطة التعيين هذه، إلا إلى الهيئة التحكيمية (311). نعتقد، أن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية تقترب من هذه الزاوية من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة التي تعطي للمحكمة التحكيمية سلطة تعيين الخبير. ولكن خلافا للائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية، فإنه على المحكمة التحكيمية طبقا للائحة الغرفة أن تستشير طرفي النزاع قبل التعيين، حتى وإن كانت هذه الإستشارة لا تقيد المحكمة في نهاية المطاف (312).

من جهة أخرى، يمكن للمحكمة التحكيمية في إطار التحقيق في النزاع أن تنتقل إلى عين المكان وأن تنظر في الطلبات المقابلة Les demandes reconventionnelles.

بالنسبة للإنتقال إلى عين المكان للمعاينة، فإن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية فهي تعمل بالقواعد المألوفة في هذا المجال والتي نجدها سواء في لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة مثلا أو في لائحة "سيردي" (313) اللتان تعطيان المحكمة سلطة الإنتقال إلى

(309) Kopelmanas, « Le rôle de l'expert dans l'arbitrage commercial international », Rev.Arb, 1979, p. 205. Aussi, Jarrosson. C, compte rendu du colloque du 12 avril 1991, in « chambre de commerce international », p. 32 et s.

(310) مادة 27 من لائحة تحكيم "كنودسي".

(311) مادة 13-3 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية، المرجع السابق، ص. 316.

(312) Voir sentence CCI, affaire n° 6653, JDI, 1993, p. 1040.

(313) أنظر المادة 13-2 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية، المرجع السابق، ص. 316.

عين المكان والتحقيق كلما رأت المحكمة ضرورة لذلك وفي أي مرحلة من مراحل سـير الدعوى مع وجوب إعلام الأطراف بالحضور للمعاينة.

أما عن الطلبات المقابلة (314)، فهي تخضع إلى نفس الإجراء المنصوص عليه في لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة، سواء من حيث الطرف المبادر بها، أو مـن حيـث المدة الواجب إحترامها عند تقديمها، أو من حيث الأهداف المتوخاة منها، والتي لا تتعدى كما هو معلوم مجرد رفض لإدعاءات الطرف الضد. وإن كان يعاب على مدة ثلاثين يوما وهي نفس المدة المقررة في لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة قصرها. فهي لا تسـمح للمدعى عليه بأن يقدم طلباته المقابلة بصفة جيدة، وإن كان الهدف المعلن هو التسريع في الإجراءات. من جهة أخرى، تملك المحكمة التحكيمية سلطة تحديد مصـاريف التحكـيم. الملاحظ في خصوص هذه النقطة بالذات، هو إغفال لائحة التحكيم الجزائريـة الفرنسـية التنصيص على أتعاب المحكمين. يعتقد الفقيه مبروكين بما أن التحكيم هو في الجزائـر، فهذا يعني أن أتعاب المحكمين سوف لن تكون إلا بالدينار الجزائري (315) طبقـا للتنظـيم المعمول به والمتعلق بالصرف. نعتقد أن صرف أتعاب المحكمـين بالـدينار الجزائـري يتنافى وإتجاه المشرع نحو تكريس التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات، بالإضافة إلى كـون إنشاء لجنة وطنية للتحكيم تابعة للغرفة الدولية للتجارة (316) يعني أن مستحقات المحكمين بعد الخدمة لا يمكن أن تكون إلا بالعملة الصعبة إذا ما رجعنا إلى لائحـة تحكـيم هـذه الغرفة (317).

---

(314) راجع المدة 4، نفس المرجع، ص. 312.

(315) Mebroukine. A, op cit, p. 214.

(316) للعلم فقد تم إنشاء هذه اللجنة في سنة 2000 طبقا للقانون رقم 31-90 لـ 04 ديسمبر سـنة 1990 والمتعلـق بالجمعيات والقواعد والمبادئ التي تنظم الغرفة الدولية للتجارة ومقرها باريس. وقد عقدت الجمعية العامـة للجنـة أول إجتماع لها بتاريخ 24 أفريل من نفس السنة.

(317) راجع المادة 1-1 من لائحة تحكيم الغرفة، الملحق III: مصاريف وأتعاب التحكيم، المرجع السابق، ص. 39.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن المادة 10-4 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية تأخذ في عين الإعتبار في تعيينها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع رأسا " قانون مكان تنفيذ الأداء الأكثر خصائصية للعقد" La prestation la plus caractéristique du contrat وبهذا التعيين، فإن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية تكون قد تميزت عن القوانين الوطنية لكل من الجزائر وفرنسا. ففي القانون الفرنسي مثلا، فإن تحديد قانون التعاقد هو مؤسس على مبدأ حرية الإرادة وهو مبدأ إستقر نهائيا كما نعلم في ظل الإقتصاد الحر وتعاليم المذهب الفردي بوصفه تعبيرا عن مبدأ عام يسمى مبدأ سلطان الإرادة (318) بل إن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قد أصبحت الآن قاعدة تقليدية يأخذ بها القضاء في معظم الدول كما تنص عليها أغلب التشريعات (319). وإن كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة محل نقد من قبل جانب من الفقه (320). إلا أنه في غياب إختيار صريح للأطراف، فإن توطين القانون الواجب التطبيق على العقد يقرره القاضي بكل سيادة بإستعماله قواعد إسناد عامة أو خاصة وهو الذي يقدر قيمة كل واحدة منها. وقد كان هذا النظام محل إنتقاد في السابق أيضا، نظرا لكونه يعطي الأولوية لقانون القاضي على حساب قوانين أخرى، لها نفس الحظوظ في أن تطبق على العملية التعاقدية (321).

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإن المادة 18 من القانون المدني قد وضعت قاعدتين للإسناد وهما: قانون حرية الإرادة وقانون مكان إبرام العقد (322). مع الملاحظة أن القاعدة الأولى، تعد قاعدة التنازع الرئيسية. أما إذا لم يختر الطرفان بشكل واضح القانون الواجب التطبيق، فإن القاضي هو الذي يحدد القانون المختص بالإستناد إلى قانون مكان إبرام العقد بإعتباره القاعدة الإحتياطية.

---

(318) Battifol. H, Les conflits de lois en matière des contrats, thèse Faculté de Droit, Paris I, 1983, p. 238.

(319) د. عز الدين محمد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، القاهرة 1972، ص. 157.

(320) راجع د. هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعة، بيروت 1976، ص. 257 وما بعدها.

(321) Rigaux. F, "Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », Ann. Droit, 1983, p. 285 et 331. Voir aussi Fouchard. Ph, note sous cass, civ, 19 oct 1974, Clunet, 1975, p. 314.

(322) Issad. M, Droit international privé, I – les règles de conflits, OPU, 2ème éd Alger, 1983, p. 293 et s.

إن هذا النظام هو شبيه بالنظام المعمول به في فرنسا. وقد كان محل إنتقـاد مـن طرف الفقه الذي يرى أن عناصر أخرى للتوطين كان بالإمكان الأخذ بها وخاصة مكـان تنفيذ العقد عوضا عن مكان إبرامه مستندا في ذلك إلى مبررين إثنين: المبرر الأول، وهو الصفة العرضية accidentel لمكان إبرام العقد. والمبرر الثاني، وهو أحقية الأخـذ بمكـان التنفيذ نظرا لوجود روابط وثيقة بين العملية التعاقدية والقانون الواجب التطبيق، ولأنه من المفترض أنه في مكان التنفيذ أين ينتج العقد كل آثاره (323). من جهتهـا، تأخـذ لائحـة التحكيم الفرنسية بمكان تنفيذ العقد مع التنصيص خاصة على أن يكون هذا المكـان هـو مكان تنفيذ الأداء الأكثر خصائصية للعقد. إن هذا المعيار، هو مبدئيا معيار وجيه. إلا أنه بالرغم من وجاهته فهو يثير بعض التحفظات، ذلك أنه بالرجوع إلى بعض لوائح التحكيم المعروفة مثل تحكيم الغرفة الدولية للتجارة أو تحكيم "سيردي" أو كنودسي"، فإننا نجد أنها لا تعتمد في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على قانون مكان تنفيذ الأداء الأكثر خصائصية للعقد، وإنما على نظام مستقل لتنازع القوانين، يحاول من خلاله المحكمون وبعيدا عن أي قاعدة للتنازع معدة سلفا، أن يصنعوا نظاما يكون بمثابة مـزيج بين العديد من قواعد التنازع تكون كل واحدة منها قابلة للتطبيق، وهو ما يعرف بالتطبيق الجمعي لنظام تنازع القوانين Application cumulative des systèmes de conflits des lois (324). بعض المختصين في القانون الدولي الخاص يشـبهون هـذه الطريقـة بنظريـة تنـازع الأنظمة (325)، إلا أنه يعاب على نظام التطبيق الجمعي عدم قدرته على تحقيق الإنسـجام بين العديد من الأنظمة ولهذا الغرض إقترح بديلا عنه نظام الطريقة المباشرة Méthode de la voie directe وتتمثل هذه الطريقة في السماح للمحكم بأن يختار القانون الواجب التطبيق بدون المرور بقاعدة للتنازع حتى تلك التي تكون مبتكرة من طرف المحكم (326).

---

(323) Issad. M, op cit, p. 294.

(324) Sur cette méthode, v spéc. Derains. Y, « L'application cumulative par les arbitres des systèmes de conflits de lois intéressés au litige », Rev.Arb, 1972, p. 99. Aussi, sentence CCI, n° 4996 (1985), JDI, 1986. 1131, obs. derains. Y. Sentence CCI, n° 3043 (1978), JDI, 1979, 1000, obs, Derains. Y.

(325) Sur cette théorie, voir par exp, Battifol et Lagarde, Droit international privé, T 1, LGDJ, 8ème éd, 1993, n° 322 ; Mayer. P, Droit international privé, L.G.D.J., 5ème éd, Paris 1994, n° 239 et s. Voir, les observations de Holleaux. D, in Travaux com. fr. DIP, 1985, éd C.N.R.S, 1987, p. 99.

(326) Voir Lalive. P, article préc, p. 181.

وإن كان بعض الفقهاء من يلاحظون أنه حتى هذه الطريقة، غالبا ما تخفي إختيارا ولو ضمنيا لقاعدة تنازع معينة. والدليل على ذلك، أن العديد من القرارات التحكيمية حتى وإن كانت تعلن أنها تطبق الطريقة المباشرة، فهي في حقيقة الأمر، إما تكون قد طبقـت قاعدة تنازع أو القانون الذي له روابط الأكثر إلتصاقا بموضوع النزاع (327) La loi ayant les liens les plus étroits avec le litige. إن هذه الطريقة هي الأكثر إسـتعمالا فـي الوقـت الحالي في مجال التجارة الدولية ولكن لم تنص عليها لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسـية.

من جهة أخرى، الملاحظ أنه بالرغم من الإتجاه الليبيرالي الذي أخذته اللائحة سواء على مستوى إختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو علـى مسـتوى إختصـاص المحكمين أو إستقلالية إتفاقية التحكيم وكذلك على مستوى الصفة النهائية لقرار التحكيم إلا أن هذا الإتجاه قد غاب عندما تعلق الأمر بإختيار القانون الواجب التطبيق على موضـوع النزاع. وفسر هذا الغياب على أن "حتميات التجارة الدولية هي التي أملت على محـرري اللائحة قاعدة تنازع محددة مسبقا ألا وهي قانون مكان تنفيذ الأداء الأكثر خصائصية حتى وإن كانت هذه القاعدة تؤدي بالضرورة إلى تطبيق القانون الجزائري" (328). ولكن، لماذا هذه القاعدة بالذات وليست أي قاعدة أخرى؟ يفسر الفقه بوجه عام، الرجوع إلـى قاعـدة تنفيذ الأداء الأكثر خصائصية للعقد على أنها القاعـدة المعروفـة مـن قبـل الطـرفين، الجزائري والفرنسي، مع الفارق أن هذه القاعدة هي تخدم في الحقيقة المتعاقـد الفرنسـي أكثر مما تخدم المتعاقد الجزائري، نظرا للتشـابه الموجـود بـين القـانونين الفرنسـي والجزائري. ويكفي هنا، أن نذكر بشبيهاتها من البنود الأكثر إستعمالا من طرف المتعاقد الجزائري في علاقاته الإقتصادية الدولية، والتي هي في صالح المستثمر الفرنسي، مثـل بند الضمان وبند عدم التوقع L'imprévision وبند الجزاء Clause pénale (329).

---

(327) Affaire CCI, n° 3880, JDI, 1983. 897, obs. Derains et Jardin. Voir également sentence CCI, n° 6840 (1991) présentée comme illustration de la voie directe, mais qui, en réalité applique, sans en justifier autrement, la loi présentant avec la cause des liens les plus étroits, JDI, 1992, 1030, obs, Derains.

(328) Mebroukine. A, op cit, p 217.

(329) Terki. N, in « L'entreprise algérienne et la négociation des contrats internationaux », Actes du séminaire, 22-24 déc 1991, éd Juris-group et Chambre nationale de commerce, 1992, pp. 69-71.

إلا أننا نعتقد من جهة أخرى، أن إختيار الطرفين لقانون مكان تنفيذ الأداء الأكثـر خصائصية للعقد كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع قد يعود في النهايـة إلـى طبيعة الإلتزامات الملقاة على عاتقهما إلى جانب كونه أصبح يمثل الآن النزعـة الحاليـة للقانون التجاري الدولي (330) والقانون الإتفاقي الدولي بوجه عام. إلا أنه مع أن القـانون الجزائري، كقانون واجب التطبيق هو الذي سوف يحضى بالتطبيق على موضوع النزاع بالنظر إلى قاعدة قانون مكان الأداء الأكثر خصائصية للعقد، إلا أن تطبيقه لن يكون كاملا وبصفة آلية. لأن الهيئة التحكيم "في جميع الحالات" يجب أن "تأخذ في عين الإعتبار بنود العقد والأعراف التجارية". في الحقيقة، إن هذا البند مثير للجدل فهو يحمل أكثر من تفسير الأول، هو إعتبار قانون مكان التنفيذ وأحكام العقد وأعراف التجارة في مستوى تفاضـلي ومن ثمة، منح الأولوية لقانون مكان التنفيذ وبنود العقد على حساب أعراف التجارة. أمـا التفسير الثاني، وهو منح بنود العقد وأعراف التجارة نفس القيمة على حساب قانون مكان التنفيذ المؤهل في نظرنا للتطبيق على موضوع النزاع. وقـد "يكـون للتفسـير الأخيـر الأولوية على التفسير الأول، نظرا لكون النص قد إستعمل عبارة" في جميع الحالات". مما يعني أن بنود، وأعراف التجارة يمكن الرجوع إليهما مهما كانت ظروف النزاع.

إن الصياغة التي جاءت بها لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية هي نفس الصـياغة التي نجدها في الإتفاقية الأروبية لسنة 1961 (331). وإذا نظرنا إلـى المسـائل المتعلقـة بالأعراف، فيمكن لنا أن نقول أن الأعراف في ضوء اللائحة يمكن أن تطبق حتى في ظل إختيار صريح للأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. هذا، إذا فسـرنا عبارة "في جميع الحالات" تفسيرا واسعا. وهذا التطبيق يعد بمثابة إعترافا وقبولا بالقواعد المشتركة للتجار La lex lercatoria والتي تعتبر الأعراف أحـد العناصـر التـي تتشـكل منها (332).

---

(330) Affaire n° 2730, JDI, 1983. 314 qui souligne qu'elle est aujourd'hui une tendance moderne.

(331) Convention de Rome de 1980. 934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Rev.crit.DIP 1980, p. 875. Aussi Mézghani. A, « Observations sur les différents ordres juridiques applicables aux contrats commerciaux internationaux », RTD, 1985, p. 298.

(332) Art VII, al I de la convention européenne de 1961 sur l'arbitrage commercial international. Voir texte intégral, in Annexe III de l'ouvrage général de David. R, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, pp. 592-600.

وفي هذا المعنى، فإن الأعراف يمكن أن تعوض القانون الواجـب التطبيـق فـي التجارة الدولية (333). ويقصد هنا بالأعراف، تلك التي نجدها في الأوساط المهنية المغلقـة les milieux professionnels fermés. وقد تعني الأعراف أيضا، تلك التي تخـص قطاعـات معينة. إلا أن الشيء المهم والذي يجب أن نؤكد عليه هنا، هو أن النص إسـتعمل فقـط عبارة "أعراف التجارة" ولم يستعمل عبارة "أعراف دولية". مما يعني أن الأعـراف قـد تكون أعراف قطاعية أو محلية وقد لا تكون بالضرورة دوليـة. أضـف إلـى ذلـك أن الأعراف مثلها مثل القوانين، فهي تختلف من بلد إلى بلد كما يمكـن أن يكـون العـرف التجاري معروف ومقبول في فرنسا وغير معروف ومقبول في الجزائر أو أنـه عـرف يمارس في أوساط تجارية ضيقة غير معروفة في الجزائر أيضا.

من جهة أخرى، نلاحظ أن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية قد إستعملت عبـارة "تأخذ (المحكمة التحكيمية) بعين الإعتبار" "Tenir compte " الأعراف، وكـان بإمكانهـا أن تستعمل عبارة "أن تطبقها". وعليه، فالملاحظ، أن الصياغة جاءت أقـل إلزاميـة. وفـي الواقع، وحسب تقديرنا، فإن القوة الإلزامية للعرف هي غير مرتبطة بالإرادة حتـى وإن كانت هذه الإرادة هي ضمنية. فهي مرتبطة أكثر بالممارسة وبالقبول الطوعي حتى تصبح ملزمة إزاء ممارسيها وبالتالي، على المحكمين أن يأخذوا بها. ولكن حتى في هذه الحالة، فإنه في نظر الفقه الفرنسي، على المحكمين حتى يأخذوا بهذا العرف أن يتأكدوا مـن أن العرف التجاري المعني هو موجود فعلا وهو معروف أو أنه كان من المفترض أن يكون معروفا من قبل طرفي النزاع (334).

ولكن يبقى أن نشير إلى أنه بالنسبة لشريحة من الفقهاء، فأعراف التجـارة بـدأت تتشكل وتتبلور لتصبح بمثابة "القانون المشـترك للتجـار" Loi commune des commerçants الذي هو عبارة عن مجموعة من أعراف متماسكة، من شأنها أن تجعل مـن المحكمـين حراسا لنظام عام دولي هو في مرتبة أسمى من القواعد الوطنية للدول.

---

(333) Voir Goldman. B, « La lex mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux », Clunet 1979, p. 475 et s.
(334) Bellet. P et Mezger. E, « L'arbitrage dans le nouveau code de procédure civile », op cit, p. 633.

أما بالنسبة لشريحة أخرى من الفقهاء، فترى أن ما يسمى بـ "القـانون المشـترك للتجارة" ليس له سلطة القاعدة القانونية un pouvoir normatif والتي بفضلها يمكـن لـه أن يتجاوز النظام العام للدول التي يقع على أراضيها طلب تنفيذ القرارات التحكيميـة علـى الأقل. والأخطر أن هذا "القانون المشترك" هو مصطلح ذو محتوى غامض وغير محـدد المعالم. وقد شكل في الماضي موضوع نزاعات تتعلق بعقد الدولة (335). بالإضافة إلى أنه إستعمل في العديد من القضايا كتعلة comme prétexte قصد إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة. ولعل أول تطبيق لهذا القانون، كان في النزاع بين شيخ أبوظبي وشركة التنمية البتروليـة المحدودة B.D.F وقد إستبعد المحكم الأنجليزي اللورد As quith of Bishpton في قراره الذي صدر في 28 أغسطس سنة 1951 القانون الوطني لأبوظبي حيث جاء في إحدى حيثياته أنه "إذا كان نظريا أن قانون أبوظبي هو الواجب التطبيق ليحكم المنازعة، فقد جاء غفـلا من المبادئ القانونية اللازمة لتفسير وسائل وآليات التجارة الدولية"، ومن ثمة، فإن "إرادة الأطراف لا بد وأن تكون قد إنصرفت إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمـم المتحضـرة، وهي نوع من القانون الطبيعي الحديث" وأعمل المحكم في النـزاع القـانون الإنجليـزي بدعوى أنه يمثل في رأيه "المبادئ العامة في الدول المتحضرة" كما إستخدم أيضا مصطلح "المبادئ المشتركة للتجار" في القرار التحكيمي الذي صدر في النزاع بين شركة "أرامكو" وحكومة المملكة العربية السعودية في 23 أغسطس سنة 1958 حيـث إسـتبعد القـانون السعودي بدعوى "عدم إحتوائه لأي حل للمشكلة المطروحة" وكذلك في القرار التحكيمـي الذي صدر في 19 فبراير سنة 1977 في النزاع بين ليبيـا وشـركة Texaco الأمريكيـة للبترول حيث إستبعد فيه المحكم القانون الوطني للدولة المتعاقدة ألا وهو القانون الليبـي وطبق ما أسماه "المبادئ العامة في القانون الدولي" بحجة أن ذلك هو ما قصده المتعاقدون أي بناء على نية الأطراف ومن بينهم الحكومة الليبية. ثم قـدم حجـة أخـرى بـدعوى "تعارض وتناقض هذا القانون (القانون الليبي) مع بعض مبادئ القانون الدولي".

(335) Fouchard. Ph, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », JDI, 1982, p. 399.

وبعد كل هذا، نستطيع أن نقول أن فكرة الأخذ بالقواعد المشتركة للتجار وسـموها على القانون الوطني تهدف بالأساس إلى إستبعاد القوانين الوطنية للدول المتعاقدة وتطبيق فقط عن طريق اللجوء إلى حيل مختلفة ولا نقـول أسـانيد فكـرة "La lex mercatoria" أو المبادئ العامة لقوانين الأمم المتمدنة" أو "المبادئ العامة للقانون" أو ما يسمى أحيانا أخرى "بقانون الشعوب الأخرى". وهو تطبيق لا يخلو من إنحياز. ويبـدو، أن لائحـة التحكـيم الجزائرية الفرنسية إذ تبنت مكان تنفيذ الأكثر خصائصية للعقد حتى وإن كان يؤدي هـذا القانون إلى تطبيق القانون الوطني، فإنها في نفس الوقت عندما منحت هيئة التحكيم سلطة اللجوء في "جميع الحالات" إلى الأعراف. فإنها بذلك قد مكنت هذه الهيئة من الوسيلة التي بواسطتها يمكن أن تستبعد القانون الجزائري. أما إذا إلتجأت هيئة التحكيم إلـى أعـراف التجارة الدولية عوض أعراف التجارة فقط، فإن ذلك سيكون أنسب لأن أعراف التجـارة الدولية هي مدمجة أصلا في القانون الوضعي الجزائري على مستوى الضمانات البنكيـة مثلا أو القرض السندي Le crédit documentaire (336).

بالإضافة إلى النقاط التي ذكرناها والتي كانت موضوع جدال فقهي، هنالك نقطـة تتعلق بمجال تدخل قانون مكان تنفيذ الأداء الأكثر خصائصية للعقـد La prestation la plus caractéristique du contrat. إن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية لا تخضع فقط العقد إلـى قانون مكان التنفيذ بل وأيضا موضوع النزاع برمته. إلا أنه، إذا كان مبدئيا المادة 1 مـن اللائحة تعطي الهيئة التحكيمية سلطة الفصل فقط في النزاعات التجارية أي تلك الناشـئة عن تنفيذ العقود التجارية، فإن هذا لا يمنع البتة المحكمين من أن ينظروا في النزاعـات الغير تعاقدية كالنزاعات التي تتعلق بالأهلية والمنافسة. إن هذه النقطة الأخيرة تثير نقطة أخرى تتعلق هذه المرة بمدى نجاعة إختيار محرري اللائحة لقانون مكان التنفيـذ، بينمـا كان بإمكان الطرفين إختيار أي قانون آخر وذلك طبقا لمبدأ سلطان الإرادة المكرس مـن طرف قانوني البلدين.

---

(336) Rigoux. F, « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », Etudes offertes à Goldman. B, p. 241. Lagarde. P, « Approce critique de la Lex … », op cit, p. 125.

ولكن ماذا لو إختار الطرفان قانونا آخر غير قانون مكان التنفيذ ومـاذا سـيكون موقف قاضي التنفيذ حينذاك؟ مع العلم، أن لائحة التحكيم تنص على أن القانون الواجـب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون مكان التنفيذ وهو القانون الذي سيؤدي لا محالـة إلى تطبيق القانون الجزائري. إن القاضي الوطني بصفته صاحب الولاية العامة في القيام بالوظيفة القضائية والرقابية على القرارات التحكيمية سوف يعمد إلى التأكد مـا إذا كـان القانون الواجب التطبيق له علاقة بموضوع النزاع، لأن الأطراف لا يمكن لهم مبـدئيا أن يختاروا قانونا ليس له أي علاقة بالنزاع. إلا أن هذا الموقف وإن شكل في السابق الحل التقليدي في مواجهة مثل هذا المشكل، إلا أنه لم يعد كذلك في ظل تعديل قانون الإجراءات المدنية، ذلك أن المادة 458 مكرر 14 تعطي للطرفين الحرية فـي إختيـار أي قـانون يرتضيانه. وهو نفس الإتجاه الذي يذهب إليه قانون التحكيم التجاري الدولي اليوم. فهـذا القانون يسمح للطرفين بأن يختارا أي قانون حتى ولو كان هذا القانون المختار ليس له أي علاقة لا بالأطراف ولا بالعقد (337). وهذه النزعة أصبحت مكرسة حتى من قبل القوانين الوطنية (338)، وفقه القضاء التحكيمي (339) اللذان يقران بصلاحية هذا الإختيار بـدون أي مشاكل تذكر. وبالتالي، فإن القاضي الوطني سوف ينظر فـي مـدى نجاعـه الإختيـار وصلاحيته بالرجوع إلى القواعد المادية المستمدة من فقـه القضـاء التحكيمـي. وكـان بالإمكان أيضا، أن يقرر الطرفان تثبيت محتوى القانون الواجب التطبيق على موضـوع النزاع لمدة معينة. وهو البند المعروف ببند الثبات الذي أثار ومازال يثير تعليقات عديـدة في مجال عقود الدولة (340).

من جهة أخرى، يعد التفويض في الصلح L'amiable composition أحد الأدوات التي يستعملها المحكمون لتدويل القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بشهادة العديـد من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ Eric Loquin (341).

---

(337) Mebroukine. A, op cit, p. 221.
(338) Voir David. R, op cit, p. 388.

(339) مادة 1496 من القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية.

(340) Voir sentence CCI n° 1588 (1971), Yearbook, 1978, 216, voir également sur la validité des choix du droit suisse dans une relation sans rapport avec la Suisse, sentence n° 4629 (Paris 1989), Yearbook, 1993, 11, n° 7, p. 16.
(341) Voir spéc Audit. B, L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, la Haye, 1987, spéc, p. 43 et s. David. N, « les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers : question d'un praticien », JDI, 1986, p. 79.

إن الصفة الأساسية التي يتميز بها التحكيم هو الإمكانية المتاحة إلى الأطراف من قبل العديد من قوانين التحكيم لمنح المحكمين سلطات المفوض في الصلح Amiable compositeur.

بالنسبة للقانون الفرنسي، فإن المادة 1479 من قانون الإجراءات المدنية الجديد تنص على أن "المحكم يفصل كمفوض في الصلح en tant qu'amiable compositeur إذا منحته إتفاقية الأطراف هذه المهمة". إن هذه الصيغة في الحقيقة هي مستلهمة من المادة VII فقرة 2 من إتفاقية جنيف لسنة 1961 التي تنص على أن "المحكمين يفصلون في النزاع بإعتبارهم مفوضين في الصلح، إذا كانت تلك إرادة الأطراف وإذا كان القانون الذي ينظم التحكيم يسمح بذلك "الملاحظ هنا بالنسبة لهذا القانون، هو أنه لا يخضع اللجوء إلى التفويض في الصلح إلى أي شرط شكلي. الشرط الوحيد هو أن إعمال التفويض في الصلح يتطلب وجود إرادة صريحة من الأطراف قصد اللجوء إلى هذه الوسيلة الخاصة في تسوية المنازعات، لأنه في غياب أي إرادة في هذا الإتجاه، فإن المحكمين يفصلون في النزاع "بدون الإستجابة إلى مهامهم" (342). والحل الذي جاءت به هذه المادة يتمثل في أنه لا يمكن قبول التفويض في الصلح إلا إذا أراده الأطراف بصفة خاصة Spécifiquement voulu. وهو الحل الذي نجده مكرسا في القانون المقارن أيضا (343). بالنسبة للقانون الجزائري، تجدر الإشارة إلى أنه قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية، فإن المادة 451 فقرة 3 قديمة تلزم المحكمين بتطبيق قواعد القانون أولا. وبعبارة أخرى، أنه لا يمكن لهم أن يستعملوا التفويض في الصلح إلا إذا خول لهم الأطراف ذلك. وهذا يعني بصريح العبارة أن إستعمال التفويض في الصلح في النظام القديم كان الإستثناء، وتطبيق قواعد القانون هي القاعدة. أما بعد التعديل فإن المشرع قد نحا نحو القوانين العالمية عندما نص في المادة 458 مكرر 15 على أنه "تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة".

---

(342) Sur cette question voir, Loquin. E, l'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, librairies techniques, Paris, 1980, et du même auteur, voir aussi, « Arbitrage, Instance arbitrale, Arbitrage de droit et amiable composition », J-cl. Voir. Pro. civ, Fasc, 1038, 1994.

(343) Grief reçevable devant la cour d'appel en application de l'article 1502.3 NCPC, Paris, 12 mai 1985, Intrafor, Rev.arb, 1985. 299, note Loquin. E.

إن الإمكانية الممنوحة من طرف المشرع إلى الأطـراف قصـد اللجـوء عنـدما يرغبون في ذلك إلى التفويض في الصلح، تؤكد مرة أخرى على ليبيرالية هذا القانون في مجال التحكيم التجاري الدولي (344)، وبذلك، فهو يقف في إنسجام تام مع القوانين الأخرى المتطورة مثل قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد. ووفق هذا المنظور، يمكن لنا أن نقول أن المستثمرين الفرنسيين يمكن لهم أن يدرجوا في عقودهم الإستثمارية مع الدولـة مثل هذه الإمكانية عوض أو إلى جانب قواعد القانون. ولكننا، ونحن بصدد معالجة لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية، فالسؤال الذي يمكن طرحه في هذا المجال: ما موقف هـذه اللائحة من موضوع التفويض في الصلح؟ نسجل هنا غياب أي موقف للائحة، فهـي لـم تشر على الإطلاق إلى التفويض في الصلح. فهل هذا يعد سهوا متعمدا قام به محررو هذه اللائحة؟ يرى الأستاذ مبروكين أن ذلك لا يمكن أن يكون من باب السهو، إذا تمعنا فـي الطريقة الجد دقيقة التي حررت بها اللائحة وربما كان المقصود بعدم التنصـيص علـى التفويض في الصلح هو لتمييزه عن "القواعد المشتركة للتجـارة" "La lex mercatoria" (345). نعتقد من جهتنا، أن عدم إدراج التفويض في الصلح في اللائحة ربما يكمن فـي تصـلب الموقف الجزائري أثناء المفاوضات. مع العلم، أنه قبل تعديل قانون الإجراءات المدنيـة كان هناك حذر وتردد من قبل المشرع والخوف من فتح الباب على مصراعيه أمام تدويل القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، الشيء الذي ربما كان له إنعكـاس سـلبي على تصرف المفاوض الجزائري أثناء تحرير اللائحة.

من جهة أخرى، لا يخفى على أحد، أن مصطلح التفويض في الصلح قد كـان ولا يزال محل جدل عميق على مستوى الفقه. فغالبا، لإعطائه المعنى الدقيق له، يجري تمييزه عن مصطلحات قريبة منه أو شبيهة به وهي العدل L'équité وكـذلك العدالـة والحسـنى ex æquo et bono. كما يجرى عموما، التمييز بين التحكيم عن طريق العـدل Arbitrage en équité، والتحكيم عن طريق التفويض في الصلح Arbitrage en amiable composition.

(344) Article 73-3, du code de l'arbitrage tunisien, art 187 al 2 LDIP suisse et art 28 al 3 de la loi, type de la CNUDCI.
(345) Voir Bedjaoui. M et Mebroukine. A, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie » JDI, n° 4, 1993, pp. 873-909. Aussi, Terki. N, l'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999, p. 108. وكذلك، عليوش قربوع كمال "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، د، م، ج، 2001، ص. 56.

فالأول، يطبق بمعزل عن أي قانون حتى آمر، أما الثاني فيسـمح فقـط للمحكـم الفاصل في النزاع طبقا للقانون بأن يحد آثار تطبيق هذا القانون وإن كان الفقيـه Loquin يرى أن العدل L'équité ليس إلا عنصرا مكونا للتفويض في الصلح L'amiable composition (346). من جهة أخرى تنص المادة 28 فقرة 03 على أن "المحكمة التحكيمية تفصـل Ex æquo et bono أو بصفتها مفوضة في الصلح عندما يخولون الأطراف لها ذلك صـراحة". في نظر الفقه الفرنسي، لا يوجد فرق بين التفويض في الصلح والعدل بما أنه في جميـع الحالات، فإن المحكمين سوف يطبقون ما يرونه عدلا في القضية المعروضة عليهم. وهذا الرأي يلتقي مع موقف فقه القضاء الفرنسي، الذي هو الآخر لا يميـز بـين مصـطلحي التفويض في الصلح والعدل. والدليل على ذلك، أنه غالبا ما تصرح المحاكم الفرنسية بأن على المحكمين الفاصلين في القضايا كمفوضين في الصلح "أن يبحثوا عن الحـل الأكثـر عدلا" (347). أي يمكن لهم "أن ينطلقوا من القانون ثم أن يسقطوا إذا إقتضى الأمـر منـه الآثار" (348). أو "أن يبحثوا مباشرة عن الحل الذي يرونه الأكثر إنصافا" (349).

نعتقد من جهة أخرى، أن مصطلح "التفويض في الصلح" قد يغطي أيضا مصطلح "القواعد المشتركة للتجار" La lex mercatoria. ونكاد نقول بحـذر أن المصـطلح الأخيـر ونعني به "القواعد المشتركة للتجار" La lex mercatoria ما هو إلا إمتـداد للتفـويض فـي الصلح لأن نمو "القواعد المشتركة للتجار La lex mercatoria هي مرتبطة إرتباطـا وثيقـا بالسلطات التي يستمدها المحكمون من التفويض في الصلح، لأنـه يمكـن للمحكمـين ألا يعملوا بأعراف التجارة في حالة ما إذا لن تحقق هذه الأعراف نتيجة عادلة، (350)، خاصة وأن لائحة التحكيمية الجزائرية الفرنسية تدعو المحكمين بأن يأخذوا في عـين الإعتبـار وفي جميع الحالات أعراف التجارة (351).

---

(346) Mebroubine. A, op cit, p. 223.
(347) Loquin. E : op cit, n° 587. Voir aussi sur la notion d'équité, Broggini. G, « Reflexion sur l'équité dans l'arbitrage international », Bull. A.S.A, 1991, p. 95.
(348) Paris, 15 mai 1984, Rev.Arb 1985, ,285, note Bellet. P : Paris 06 mai 1988, Rev.arb, 1989, note Loquin. E.
(349) Voir par exp, la sentence CCI n° 5118 (186). JDI, 1987, 1027 obs Jardin, sentence CCI, n° 3755 (1989), Bull, CCI, vol I n° 2, 1990, 25.
(350) Voir sentence CCI n° 5103 (1988), JDI, 1988, 1206, obs Agaillar Alvarez G.
(351) Mebroukine. A, op cit, p. 223

هذا الرأي في الحقيقة يتفق مع رأي الفقيه Fouchard الذي يقول بأنه "لا يجـب أن تمنح للأعراف التجارة مركزا أعلى من الذي يمنح للقاعدة القانونية بالنظر إلى التفـويض في الصلح خاصة إذا تشكلت هذه الأعراف في إطار مهني ضيق. "وعليه كمـا يضـيف الأستاذ Fouchard "إذا كان التفويض في الصلح يعتبر تاريخيا الوسيلة المميـزة للقواعـد المشتركة للتجار La lex lercatoria، فإنها لم تعد اليوم كذلك، والدليل على ذلك أن المحكمين الآن ليسوا بحاجة إلى سلطات المفوضين في الصلح Le pouvoirs d'amiables compositeurs لتطبيق الأعراف، ولكن على العكس من ذلك، فهم فـي حاجـة إلـى هـذه السـلطات لإزاحتها (352).

ولكن هل يمكن للمحكم بإستعماله سلطاته كمفوض في الصلح، أن يسـتبعد حتـى العقد؟ إن موقف القضاء التحكيمي الدولي واضح في هذا المجال. يمكن للمحكم أن يراجع العقد، وحتى أن يستبعده بإعتبار، أنه لا يمكن أن يكون وكيلا مشتركا عـن المتعاقـدين، ولكن بشرط أن يحترم قواعد النظام العام الدولي (353) حتى لا يعرض قراره للبطلان أو لرفض الإعتراف.

يبقى لنا أن نسأل على صعيد آخر، إذا لم يكن عدم إجبارية تسبيب القرار التحكيمي مثلما جاء في لائحة التحكيم موضوع الدراسة، وجها آخر من وجـوه توسـيع سـلطات المحكم. ولكن قبل النظر في مدى إنعكاس عدم التسبيب على السلطات المخولة للمحكـم، يجب أن نرى ما إذا كان لا بد من تسبيب القرار التحكيمي أم لا وأي مصير يلحق بقرار تحكيمي غير مسبب في البلدان مثل الجزائر، التي إعتادت محاكمهـا تسـبيب الأحكـام الصادرة عنها؟

يجب التذكير هنا، أنه في فرنسا وبإعتراف العديد من الفقهـاء الفرنسـيين فـإن الأحكام القضائية يجب أن تكون مسببة بإعتبارها الضمان الأساسي لقضاء جيد (354).

(352) Fouchard. Ph, op cit, p. 400.
(353) Sur l'obligation pour les arbitres de respecter les prescriptions de l'ordre public international même lorsqu'ils sont investis des pouvoirs d'amiables compositeurs, voir par exp, la sentence CCI, n° 4265 (1984), JDI, 1984. 922, obs Derains. Y, la sentence CCI, n° 6503 (1990), JDI, 1991, 1022, spéc, p. 1042, Paris 12 mars 1985, Rev.arb, 1985, 299.
(354) David. R, op cit, p. 442 et s.

أما بالنسبة للتحكيم بإعتباره قضاء خاصا، فإن إجبارية التسبيب التي يجب على المحكم بوجه عام أن يلتزم بها فهي تخضع إلى إعتبارين إثنين: الإعتبار الأول، هو أن التسبيب يستمد وجوده من الإلتزام الذي يقع على عاتق المحكمين بأن يحترموا الأشكال الإجرائية. أما الإعتبار الثاني، فهو جعل التسبيب من الإلتزامات التي هي من النظام العام. فمثلا في إيطاليا، يعد التسبيب مبدأ من مبادئ الدستور الإيطالي (355). ولكن ما موقف القانونين الجزائري والفرنسي من تسبيب القرارات التحكيمية؟ إن للقوانين موقف موحد، فهما يؤكدان على وجوب تسبيب القرارات التحكيمة (356). بالنسبة للفقه الفرنسي عموما (357)، إن ضرورة التسبيب قد يدفع المحكم مثله مثل القاضي إلى التفكير جيدا في القرار الذي سوف يصدره وقد يدعوه أحيانا حتى إلى معاودة التفكير فيه وفحصه ولما لا تصحيحه، لأنه لا بد في جميع الحالات من تبرير للقرارات التي يصدرها المحكم، إلا إذا إرتأ الأطراف مثلما هو الشأن بالنسبة للائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية أن يعفوا المحكم من عدم تسبيب القرار. في هذه الحالة، يصبح عدم التنصيص على التسبيب ترخيصا ضمنيا بعدم الإلتزام بتسبيب القرار التحكيمي. أو نقول أيضا، مثلما نقله الأستاذ René David عن لسان أحد الكتاب الأمركيين "أن رجال الأعمال هم مهتمون أكثر بالنتائج أكثر من إهتمامهم بالأراء" (358) نعتقد أن هذه النظرة هي نظرة براغماتية وهي موجودة عند الأمريكين ولا نجدها عند الفرنسيين وبمنزلة أقل عند رجال الأعمال الجزائريين الذين ورثوا قوانين وثقافة فرنسية تطغى عليها الدغمائية.

إلا أن السؤال الذي يطرح، هل أن الإلتزام بالتسبيب ينطبق حتى على المحكم الذي يفصل كمفوض في الصلح؟ المبدأ، وهو أن التسبيب ينطبق على المحكم الذي يفصل في النزاع طبقا للقانون ولكن لا ينطبق على المحكم الذي يفصل في النزاع كمفوض في الصلح En tant qu'amiable compositeur.

---

(355) Art 111 de la constitution italienne cité par David. R, op cit, p. 444.

(356) راجع المادة 458 مكرر 13 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري والمادة 1471 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

(357) Loquin. E, « Perspective pour une réforme des voies de recours », Rev.arb, 1992. 321, p. 340.

(358) David. R, op cit, p. 451.

والدليل على ذلك، هو ما جاء في قرار صادر عن مجلس "نانسي" Nancy عندما صـرح "أن غياب التسبيب حتى وإن كان يخالف مبدئيا الإجراءات الفرنسية، فهو لا يتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي" (359). ثم في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية فـي نفس القضية، جاء ليؤكد نفس الفكرة ولكن بأسلوب مغاير عندما صرحت أنـه "إعتبـارا للسلطات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الأنقليزي للتدخل في إجراءات التحكيم ... فـإن غياب تسبيب القرار التحكيمي موضوع النزاع لم يكن في حد ذاته مخالفا للنظـام العـام الفرنسي" (360). إن مثل هذا الحل حسب الأستاذ René David يبقى ساري المفعول حتى في ظل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد الذي لم يقل شيئا عن الموضوع (361).

ولكن هل أن إستعمال المحكم لسلطاته كمفوض في الصلح، يعني إمكانية إسـقاطه من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع القواعد الآمرة؟ عادة ما تقرن القـوانين الآمرة بالنظام العام، ويجري غالبا التحدث عن القوانين الآمرة تحت عنوان قوانين النظام العام. وتعني اليوم أيضا القوانين ذات التطبيق الفـوري Loi d'application immédiate (362) بالنسبة للقانون الدولي الخاص الفرنسي وكذلك القانون الجزائري، يجب على القاضي أن يأخذ في الإعتبار وفي جميع الحالات قوانين بوليس القاضـي Les lois de police du For إلا في حالة مخالفة هذه القوانين للنظام العام. أما بالنسبة للمحكمين، فإن المسألة تطرح فـي نفس السياق، مع الفارق أن هؤلاء المحكمين ليس لهم قانون القاضي Lex Fori. بمعنى، أن كل قوانين البوليس هي في نظرهم قوانين "أجنبية" تابعة للنظام القانوني المختار بشرط ألا تخالف هذه القوانين النظام العام الدولي (363). في حالة اللائحة الجزائرية الفرنسية، نعتقد أنه إذا كان بإمكان الأطراف أن يمنحوا الهيئة التحكيمية سلطة الفصل في النزاع بصـفتها مفوضة في الصلح، فهذا لا يعني إطلاقا ترخيصا لها بأن تسقط مـن القـوانين الواجبـة التطبيق على موضوع النزاع القوانين الآمرة.

---

(359) Nancy, 29 jan, 1985, Rev.crit, Dr. Int. Pr, 1958, 148, note Mezger, Rev.Trim. Dr. civ 1985, 558 note Hébraud.
(360) Cass. Civ, 14 juin 1960, Rev.crit. DIP, 1960, 393, JCP, 1961, II, 273, note Motulsky.
(361) David. R, op cit, pp. 449-450.
(362) أنظر حول الموضوع وعلى سبيل المثال د: هشام صادق، "مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الفوري"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، 1994، ص. 107-117.
(363) Fadlallah. I, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », Cours la Haye, 18-22 juill 1994, p. 902.

نعتقد، أنه إذا كان التفويض في الصلح L'amiable composition يعني الوصول إلى حل عادل للنزاع، مع العلم أن هناك من الفقهاء من يشبهون التفويض في الصلح بالعدل L'équité، فإنه يحق للهيئة التحكيمية في هذه الحالة، إستبعاد الأحكام الآمرة مع وجوب إحترام متطلبات النظام العام الدولي الجزائري (364). أما إذا كان التفويض في الصلح لا يعني إطلاقا العدل، فإنه في هذه الحالة، على الهيئة التحكيمية أن تأخذ في عين الإعتبار الأحكام الآمرة الواجبة التطبيق على موضوع النزاع وكذلك متطلبات النظام العام الدولي الجزائري بقطع النظر عن النتيجة المتوصل إليها. ولكن مهما تكن هذه النتيجة، سواء أكانت مؤسسة على قرار قائم على القانون أو على التفويض في الصلح L'amiable composition، فإنه من الضروري أن تنتهي مرحلة تطبيق القانون أو التفويض في الصلح على موضوع النزاع بمرحلة أخرى ألا وهي مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي بطرق معينة.

المبحث الثاني: القرار التحكيمي

سوف نتعرض في إطار هذا النوع من تحليلنا للائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية إلى عنصرين، العنصر الأول: التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي (المطلب الأول) أما العنصر الثاني فيتعلق بالتنفيذ الجبري للقرار التحكيمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي

إن المادة 17-1 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية تنص على أنه "يلتزم الطرفان بتنفيذ القرار التحكيمي في أجل تحدده المحكمة وأن يتخليا عن أي طعن". من خلال قرائتنا لهذه المادة، تتجلى لنا فكرتان رئيسيتان، الفكرة الأولى، وهي أن هذه المادة تكرس ما يعرف بمبدأ التنفيذ الطوعي للقرارات الصادرة عن المحاكم التحكيمية. أما الفكرة الثانية، فهي نهائية القرار التحكيمي. وهذا يعني، أن لقرار المحكمين حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره.

---

(364) وإن كان قانون الإجراءات المدنية الجزائري يتكلم فقط عن النظام العام الدولي (راجع المادة 458 مكرر 17 فقرة1).

وهما في الحقيقة، فكرتان ملتصقتان وإن كانت الفكرة الثانية قـد جـاءت لتؤكـد الأولى. إن التنفيذ الطوعي أصبح اليوم مبدأ مقبولا من طرف أغلبية الممارسين للتجـارة الدولية. من جهة أخرى، فهي تعمل به العديد من لوائح التحكيم للمؤسسات التحكيمية. فإذا إختار طرفا النزاع لائحة إحداها، فإن هذه اللائحة هي التي تنظم مثل هذا التنفيذ التلقائي. يكفي أن نذكر بأنه مكرس في لائحة التحكيم لمركز "سيردي" (365) مثلما هو مكرس فـي لائحة التحكيم للغرفة الدولية للتجارة (366) وكذلك في لائحة التحكيم لـ "كنودسـي" (367). إن الغاية من إدراج هذا البند في هذه الإتفاقيات، هو إضفاء نـوع مـن الفعاليـة علـى القرارات التحكيمية وإلا بقيت حبرا على ورق. إلا أن الملاحظ، أنـه غالبـا مـا تعمـد الأطراف المتنازعة إلى تنفيذ القرار التحكيمي رغبة منها في الحفـاظ علـى العلاقـات التجارية فيما بينها، وإعتبار النزاع الذي نشأ مجرد حادث عابر لأن المصالح والأهـداف تبقى هي الأسمى. وقد يعود السبب الآخر الغير مباشر للتنفيذ التلقائي للقـرار التحكيمـي لكون التجار الدوليين، كثيرا ما يخشون من السمعة السيئة التي قـد تترتـب عـن عـدم الإنصياع الكلي للقرار التحكيمي. ولكن بالرغم من تأكيد الطرفين الجزائري والفرنسـي على التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي، فنعتقد أن تطبيقه في الواقـع يعتمـد علـى إرادة الطرفين ونواياهما في إقامة علاقات دائمة. وإن كان هناك مـن يعتقـد أن "التشـككات السياسية قد تقف حجز عثرة على طريق تنفيذ مرض لهذه اللائحة" (368). نعتقد من جهتنا، أن لا أحد ينكر ما لخصوصيات العلاقات الجزائرية الفرنسية المثقلة بالخلفيات التاريخيـة والسياسية من تأثير على مصير القرار التحكيمي.

من جهة أخرى، إن التنفيذ الإختياري، يعني أيضا بالنتيجة، إعتبار الحكم الصـادر عن الهيئة التحكيمية حكما نهائيا كما لو كان حكما صادرا عن محكمة ذات إختصاص في الدولة التي تم الإعتراف أو التنفيذ فيها.

---

(365) راجع المادة 53-01 من إتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965

(366) أنظر المادة 28-06 من لائحة التحكيم للغرفة الدولية للتجارة.

(367) أنظر المادة 32-02 من لائحة التحكيم لـ "كنودسي".

(368) Mebroukine. A, op cit, p. 226.

وتترتب عن هذه النهاية أيضا، صفة الإلزامية، أي، أنه يجب علـى كـل طـرف الإعتراف بأن القرار التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية ملزما له ويجـب تنفيـذه. يشبه فقيه جزائري المادة 17-7 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية بالمادة 53 فقـرة 01 من إتفاقية واشنطن التي تنص على أن الحكم "يكون ملزما بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون محلا لأي طريق من طرق الطعن خلافا لما ورد في هذه الإتفاقية. ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقة، إلا إذا كان تنفيذه موقوفـا بمقتضـى الأحكـام المناسبة في هذه الإتفاقية "بإستثناء حالات تفسير الحكم وإعادة النظر فيه أو إلغائه وهـي الحالات المنصوص عليها في المواد 50 و51 و52 من نفس الإتفاقية. ولكن، هل يمكـن أن نقيس المادة 17-01 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية بالمادة 53 السالفة الـذكر؟ نعتقد أنه توجد نقطتي إلتقاء بين المادتين، وهما الإلتزام بالتنفيذ الإختياري للحكـم وعـدم إخضاع هذا الحكم لأي طعن قضائي. إلا أنه بالنسبة للنقطة الأخيرة بالذات، فهـل هـذا يعني بصفة آلية وبدون تمييز أن المقصود بعبارة "التخلي عن أي طعن" طبقا للمادة 17-7 هي كل الطعون أو بعضا منها فقط وإن كان بعضا منها فقط فما هي؟

يبدو جليا أنه، إذا قارنا بين هذه المادة والمادة 53 من إتفاقية واشنطن وكذلك بينها وبين المادة 28 من لائحة التحكيم للغرفة الدولية للتجارة أو المادة 31-01 مـن لائحـة التحكيم للقانون النموذجي "لكنودسي"، فإنه من حيث مبدأ نهائية القرار التحكيمي، فكل هذه اللوائح تلتقي مع المادة 17-7 من لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسـية. إلا أنـه بالنسـبة لمسألة التخلي عن الطعون القضائية. يجب أن ننبه في هذا المجال، أنه بالنسـبة لإتفاقيـة "سيردي" فإن المادة 53 منها كانت صريحة عندما جازت الطعن في الحكـم التحكيمـي وإعتبرت أن ذلك ممكنا ولكنها حصرتها في ثلاث حالات عند التفسير أو إعادة النظر فيه أو عند البطلان. وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول بأن الطرف الذي خسـر الـدعوى يمكن له أن يتمسك بأحد الطعون الواردة في أحكام هذه الإتفاقية. أما إذا أردنا أن نقـارن بين المادة 17-7 والمادة 28 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة والتي تعتبر في نظر أحد الفقهاء مصدر إستلهام Source d'inspiration لمحرري اللائحة الجزائرية الفرنسية. فإن

هذه المادة بالرغم من إعترافها بالصفة النهائية للقرار التحكيمي وهي تلتقي في ذلك أيضا مع المادة 53 من إتفاقية واشنطن والمادة 32-1 من لائحة المعني "كنودسي"، إلا أنها مع منحها الطرف الضد إمكانية الطعن في القرار فهي تسمح له بالتخلي عن الطعـون التـي يجوز التخلي عنها، وهذا طبقا للفقرة السادسة من المادة 28 المذكورة أعلاه والتي تـنص على أنه "إلى جانب الإلتزام بتنفيذ القرار التحكيمي، يحق للأطراف أن يتخلوا عن طـرق الطعن التي بإمكانهم التخلي عنها". وهذه المادة، لما منحت هؤلاء الأطراف إمكانية التخلي عن ممارسة الطعون التي من الممكن التخلي عنها، فإنه يقصد بهذه الطعون طرق الطعن الجوازية. أي أن باقي الطعون الأخرى تبقى قائمة وبمفهوم المخالفة فهي لا يمكن التخلي عنها إلا إذا أراد الأطراف ذلك. وبمعنى آخر، إذا رغبوا هم فـي أن يمنحـوا حصـانة قضائية مطلقة للقرار التحكيمي. ولكن هل هذا يعني أن القرار التحكيمي لدى إدماجه فـي النظام القانوني الداخلي يجب أن يخضع إلى رقابة صارمة من طرف القاضي الوطني؟

يرى الفقيه مبروكين، أن تخلي الأطراف عن طرق الطعن الجوازيـة "يجـب أن يقابله وضع شروط متشددة على القرار التحكيمي عند إستقباله من طرف النظام القـانوني الداخلي" (369). في الحقيقة، نعتقد من جهتنا، أن هذا الإقتراح هو في غيـر محلـه لأنـه يتناقض والطبيعة الليبيرالية التي تتميز بها هذه اللائحة. ثم أن التخلي عن الطعون حتـى وإن كانت مجرد طعون جوازية لا يمكن النظر إليه إلا على أساس أنه يعد مظهـرا مـن مظاهر التطابق الكلي مع القواعد الأكثر ليبيرالية اليوم والتي تقضي بأن يقوم الأطـراف بكل طوعية ونزاهة بتنفيذ القرار التحكيمي، والتخلي تبعا لذلك عن ممارسة أي طعن في مواجهة مثل هذا القرار، لأنه عادة ما تكون الطعون وبإعتراف شريحة كبيرة من الفقهاء وسيلة في يد الخاسر للمناورة. ثم أن السماح بممارسة هذه الطعون هو مخـالف للطـابع التعاقدي لإتفاقية التحكيم، لأن القبول بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعة، يعـد قبـولا ولـو ضمنيا بقواعد اللعبة والتي يوجد على رأسها التنفيذ التلقـائي للقـرار التحكيمـي بـدون مراوغة. ونرى من جهة أخرى، أن التخلي عن هذه الطعون هي إزالة لجانب كبير من

---

(369) Mebroukine. A, op cit, p. 227.

المشاكل المتعلقة بإعتراف القرارات التحكيمية الأجنبية، سواء فـي إطـار التشـريعات الوطنية أو في إطار الإتفاقيات الدولية مثل إتفاقية نيويورك لسنة 1985.

فبالنسبة لإتفاقية "سيردي" مثلا، فبإعلانها عن الصفة النهائية للقرار التحكيمي، فهي تهدف بذلك إلى إزاحة العراقيل التي تقف حاجزا أمام الإعتراف بـالقرارات التحكيميـة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي (370). أما بالنسبة للائحة التحكـيم للقـانون النمـوذجي "لكنودسي" وطبقا للمادة 32-2 منها، فهي تنص صراحة على "أن القرار التحكيمي هـو غير قابل للإستئناف أمام الهيئة التحكيمية، والأطراف ملزمون بتنفيذه بدون تـأخير". إن الصفة النهائية للقرار التحكيمي طبقا لهذه المادة تعني أن القرار لا يمكن أن يكون محـل طعن عن طريق الإستئناف أمام الهيئة التحكيمية التي أصدرت القرار أو أمـام أي هيئـة تحكيمية دولية أخرى. ولكن بمفهوم المخالفة، يمكن أن يكون هذا القرار قابلا للإسـتئناف أمام المحاكم الداخلية، عادية كانت أم إدارية. إنه قرار نهائي وملزم ومكسي بحجية الشيء "المحكم فيه" (371). إن عدم اللجوء إلى الطعن عن طريق الإستئناف تحديدا أو إلى طـرق الطعن الأخرى الممكنة ما هو إلا تعبير عن إرادة الأطراف في تكريس إستقلالية القـرار التحكيمي عن أي هيئة قضائية أخرى. نعتقد، أن الشيء الذي يجب التأكيد عليه، هـو أن عدم قابلية القرار التحكيمي لأي طعن هو تكريس لمبدأ نهائية هذا القرار. إلا أن التنفيـذ التلقائي يبقى في جميع الأحوال، مرتبطا بمدى إستجابة الطرف الذي خسر الدعوى لهـذا القرار، حتى وإن كانت بعض الوسائل البديلة الأخرى، تبقى مفتوحة أمام الطرف الـذي ربح القضية قصد إجبار الطرف الآخر المتقاعس على تنفيذ القرار التحكيمي. يكفينا هنا، أن نقف عند التجربة التي خاضتها الغرفة الدولية للتجارة والتي كانت تستعمل ومنذ سـنة 1955 نظام الجبر المعنوي La coercition morale من خلال اللجوء إلى اللجان الوطنية

---

(370) Mer Delaume cite à ce propos et à titre d'exemple la célèbre sentence dans l'affaire société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E) et l'ex République socialiste fédérale de Yougoslavie (Clunet 1959, p. 1074) dont la reconnaissance a été repoussée à plusieurs reprises après cassation, soit plus de 35 ans après son prononcé.

(371) إلا أن بعض التشريعات الوطنية ومن بينها القانون الجزائري (مادة 458 مكرر23 من ق أ م) تسمح بإسـتئناف القرار التحكيمي إذا كان مخالفا للنظام العام ولكن ليس بالمفهوم الداخلي ولكن النظام العام بمفهومه الدولي.

التي تتمتع بسلطة تأثير كبيرة، قصد حمل الطرف الذي خسر الدعوى على الإذعان إلـى القرار التحكيمي، إلى جانب وسائل أخرى ذات طابع مالي مثل اللجوء إلى المؤسسات المالية، بإعتبارها الضامنة والحالة محل المستفيد الخاسر في الـدعوى قصـد تعـويض الطرف الذي ربح القضية (372). وقد يكون هذا الأسلوب شبيها بما يعرف فـي القـانون الداخلي الجزائري بالإقتطاع التلقائي لفائدة المستفيد من القـرار القضـائي Prélèvement d'office au profit du bénéficiaire d'une décision juridictionnelle. يجب الإعتراف من جهـة أخرى، أن أغلب القرارات التحكيمية التي صدرت في قضايا دولية معروفة، قد نفذت من قبل الأطراف التي خسرت الدعوى. وبالنسبة للقرارات الصادرة ضد المؤسسات العمومية الجزائرية، فكلها نفذت من قبل هذه المؤسسات بإعتبارها الطرف الخاسر في القضية بدون اللجوء إلى قاضي التنفيذ juge de l'exequatur (373). نعتقد، أن غياب الطعون الذي يعنـي الإنصياع العفوي للقرار التحكيمي، هو مطابق في نظرنا، إلى طبيعة وفلسفة التحكيم فـي حد ذاته الذي يتطلب السرعة والمرونة لأن ممارسة الطعون في مواجهة القرار لا يخـدم التحكيم بقدر ما يخدم الأطراف المنشغلين بالتلاعبات أكثر من إنشغالهم بالتنفيـذ الحسـن للقرار التحكيمي (374). نعتبر، أنه بالنسبة للتنفيذ التلقائي من جانب المؤسسات العموميـة، هي سمة تضاف إلى رصيدها الإيجابي في علاقاتها مع الغير، لأن بتنفيذها طوعية للقرار التحكيمي سيحفظ لها السمعة الطيبة لدى حرفائها، ويزيد من ثقة هؤلاء فيها ويعطي فـي إطار العلاقات الإقتصادية الدولية دعما للتعاون الثنائي بين الجزائر وفرنسا، خاصـة وأن لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية "ليست إلا إمتدادا لميثاق التعاون الإقتصادي بين البلدين والذي رسم لنفسه أهدافا جد طموحة" (375) إضافة إلى ذلك، نرى أن تنفيـذ المؤسسـات العمومية طوعا للقرارات التحكيمية يعد - في نظرنا - عاملا من عوامل جذب الإسـتثمار الأجنبي. ولكن بالرغم من التخلي العفوي والإختياري من قبل الطرف الخاسر في القضية

---

(372) Voir, Padis. P, « L'affrontement des économies socialistes et capitalistes dans le monde de l'arbitrage international en 1972 », GP du 22 mai 1973, Doctrine, p. 365 et s.
(373) Terki. N, op cit, p. 126.
(374) Bredin. JD, « L'abus des voies de recours dans les procédures arbitrales », Rev.arb, 1965, n° 3, p. 77.
(375) Mebroukine. A, op cit, p. 225.

عن مواجهة القرار التحكيمي، فإن هذا لا يمنع من إخضاع هذا القرار إلى رقابة القاضي الوطني، الذي سوف تكون من مهمته إدماج القرار الصادر عـن المحكـم فـي النظـام الداخلي.

المطلب الثاني: التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي

بالنسبة لهذا النوع من التنفيذ، تجدر الإشارة إلى أنه إلى جانب قانوني الإجـراءات المدنية الجزائري، والفرنسي اللذان يحكمان المادة، تربط بين الجزائر وفرنسا إتفاقية ثنائية تتعلق بتنفيذ القرارات القضائية والتي وقعت في 27 أوت 1964. تنص المادة 7 من هذه الإتفاقية على أن "القرارات التحكيمية الصادرة بصفة صحيحة في إحدى الدولتين يعترف بها في الدولة الأخرى. ويمكن أن تصبح قابلة للتنفيذ إذا ما إستجابت لشروط المادة الأولى التي يجب أن تكون قابلة للتطبيق" بالرجوع إلى شروط المادة الأولى من الإتفاقية، نجد أنه من بين الشروط الواجب توافرها لكي يكون القرار قابلا للتنفيذ هو أولا: يجب أن يكـون القرار صادرا عن هيئة قضائية مختصة، وذلك طبقا للقواعد التي تحكم تنازع الإختصاص في الدولة المطلوب فيها تنفيذ القرار. ثانيا: إذا كان الأطراف قد تم إسـتدعاؤهم بصـفة قانونية طبقا لقانون دولة صدور القرار. وثالثا: إذا كان القرار طبقا لقانون دولة الصدور حائزا على قوة الشيء المقضي فيه، وقابلا للتنفيذ ورابعا وأخيرا، وهو ألا يتضـمن فـي القرار ما هو مخالف للنظام العام للدولة التي أثير فيها القرار، وألا يكون مخالفا لمبـادئ القانون العام المطبق في تلك الدولة، بالإضافة إلى عدم مخالفته لقرار قضائي صادر فـي تلك الدولة وحائز على حجية الشيء المقضي فيه. يبدو لنا من الوهلة الأولى، أن مثل هذه الشروط وبإعتراف الفقيه مبروكين أنها شروط كلاسيكية ولا تسمح بأي مراجعة للقـرار التحكيمي من حيث الموضوع (376). وفي مثل هذه الظروف، فإن مهمة قاضـي التنفيـذ تنحصر فقط في التأكد من أن هذه الشروط قد إستجاب إليها القرار التحكيمي وهي شروط تتعلق أصلا بقانونية القرار التحكيمي La régularité de la sentence. نعتقد، أنه مـع تطـور القانون التجاري الدولي، فقد أصبحت هذه الشروط دولية قد تم تكريسها من قبل العديد من

(376) Mebroukine. A, op cit, p. 228.

الإتفاقيات وفي مقدمتها إتفاقية نيويورك لسنة 1958. ولكن المشكلة تتعلق أساسا، بالشرط المرتبط بوجوب وجود تطابق بين القرار التحكيمي والنظام العام للدولة التي أثير فيها القرار، وكذلك بمدى تطابق هذا القرار مع مبادئ القانون العام المطبقة في تلك الدولة.

نعتقد، أن مصطلحي النظام العام الداخلي للدولة وكذلك مبادئ القانون العام للدولة قد تخلى عنهما كل من قانون التحكيم التجاري الدولي المعاصر والتشريعين الجزائري، والفرنسي الحاليين (377) وأصبح يستعمل بدلهما النظام العام الدولي والمبادئ العامة للقانون الدولي، مثلما هما معمولين بهما في الإتفاقيات الدولية وتطبقهما المحاكم التحكيمية (378). وإن كان كل من هذين المصطلحين البديلين، هما محل إنتقاد من طرف الفقه سواء من حيث المحتوى أو من حيث الوظيفة اللصيقة بهما. أما عن الإجراءات المتبعة في التنفيذ الجبري في كل من الجزائر وفرنسا، فإنه يجب علينا أن نقف عند نقطتين هامتين وهما، أولا إلتماس قاضي التنفيذ، وثانيا طرق الطعن الموجهة ضد القرار التحكيمي.

بالنسبة للنقطة المتعلقة بالتماس قاضي التنفيذ، فإن المسألة تقضي تحديدا بمعرفة قاضي التنفيذ المختص. وفي هذا الصدد، فإن المادة 458 مكرر 17 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية تميز بين حالتين، الحالة الأولى، وهي الحالة التي يكون فيها القرار التحكيمي قرارا تحكيميا جزائريا. ثم الحالة الثانية، وهي الحالة التي يكون فيها القرار التحكيمي قرار تحكيميا أجنبيا. وتعني المادة السالفة الذكر بالقرار التحكيمي الجزائري، عندما يكون مقر المحكمة التحكيمية التي أصدرت القرار في الجزائر ويصبح هذا القرار الصادر عنها قابلا للتنفيذ exécutoire من قبل رئيس محكمة مكان صدوره. لا تختلف في الحقيقة هذه المادة عن المادة 452 القديمة. إلا أن الملاحظ، أن المادة 458 مكرر الجديدة تشبه في صياغتها المادة 1477 فقرة أولى من القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية (379) وبالمقابل، فإذا كان مقر المحكمة التحكيمية يقع خارج تراب الجمهورية فإن الأمر

(377) أنظر المادة 458 مكرر 23 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري وكذلك المادة 1502 من القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية.

(378) Sur l'ensemble de la question, V. Mayer. P, « la sentence contraire à l'ordre public au fond » Rev.arb, 1994, p. 651.

(379) Selon l'article 1477 al I du NCPC français qui est applicable à l'arbitrage international : « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue. L'exequatur est ordonné par le juge de l'exécution du tribunal ».

بالتنفيذ الجبري للقرار التحكيمي يكون من إختصاص رئيس محكمة مكـان طلـب تنفيـذ القرار.

أما بالنسبة للنقطة المتعلقة بطرق الطعن، فتجدر الإشارة، إلى أن الأطـراف لهـم الحق في أن يستعملوا طرقين للطعن، الطعن عن طريق الإستئناف، والطعن عن طريـق البطلان وهذا خلافا للنظام القديم لقانون الإجراءات المدنية والذي كان يسمح إلى جانـب إستعمال الطعن عن طريق الإستئناف وسيلة أخرى، ألا وهي إعادة التماس النظـر (380). بالنسبة للنظام الحالي، وتحديدا الطعن عن طريق الإستئناف، فيجب التنبيه في هذا المضار إلى أن هذا الطعن ليس موجها مباشرة إلى القرار التحكيمي، ولكنه موجـه إلـى الأمـر الصادر عن رئيس المحكمة المحلية سواء، عند رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، أو عند المنح. وقد صيغت المادة 458 مكرر 22 من قانون الإجراءات المدنية حرفيا على منوال المادة 1501 من القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية التي تـنص علـى أن القرار الذي يرفض الإعتراف أو التنفيذ هو قابل للتنفيذ. ولكن يسـتبعد حسـب الأسـتاذ تركي، أن تجد هذه المادة تطبيقا لها في الواقع، في ظروف إقتصاد السوق الـذي تشـهده الجزائر حاليا، خاصة ونحن نعلم كما أضاف، أن سلطة رئيس المحكمة تتوقف عند حدود التأكد فقط. فيما إذا كان القرار التحكيمي موجودا فعلا وإذا لم يكن مخالفا للنظـام العـام الدولي (381). إن الطعن عن طريق الإستئناف ممكن أيضا، ويمكن رفعه هذه المرة ضـد قرار رئيس المحكمة الذي يمنح الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي. ولكن هذا الطعن، لا يمكن أن يمارس إلا في حالات محدودة ومحددة وذلك طبقا للمادة 458 مكرر 23 التـي تضع ثمان حالات للطعن عن طريق الإستئناف (382).

تجدر الإشارة، إلى أن هذه المادة بوضعها ثمان حالات، فقد تجاوزت بذلك عـدد الحالات وهي خمسة والتي نصت عليها 1502 من القانون الفرنسي الجديد للإجـراءات المدنية وكذلك المادة 190 من القانون الدولي الخاص السويسري، بإعتبارهمـا يمـثلان مصدر إستلهام للقانون الجزائري.

(380) أنظر المادة 456 قديمة من قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل.

(381) Terki. N, l'arbitrage commercial, op cit, p. 123.

(382) وهي نفس الحالات التي نجدها أيضا في خصوص الطعن عن طريق البطلان.

حسب الفقيه إسعاد، فإن العدد المبالغ في الحالات المذكورة يعود إلى كون محرري هذا النص،قد أخذوا هذه الحالات من التشريعين الفرنسي والسويسري بدون أن ينتبهوا إلى التشابه الموجود في المجالات المخصصة لبعض حالات الطعن المنصوص عليها في كلا التشريعين، مقارنة بحالات أخرى (383). ومع ذلك، فيمكننا حصر حـالات الطعـن فـي خمس، وهي إنعدام وإبطال أو إنقضاء expiration إتفاقية التحكيم وعدم قانونية irrégularité تركيبة المحكمة أو تعيين المحكم الوحيد وخرق المهمة الموكلة إلى المحكمـة التحكيميـة وعدم إحترام مبدأ المواجهة Le non respect du principe du contradictoire، وأخيرا مخالفـة النظام العام الدولي. ثان طعن يمنحه قانون الإجراءات المدنية، ألا وهو الطعن بـالبطلان وهذا طبقا للمادة 458 فقرة أولى من القانون والتي تنص على أن "القرارالتحكيمي الصادر في الجزائر في مادة التحكيم الدولي يمكن أن يكون محل طعن بـالبطلان فـي الحـالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 المذكورة أعلاه. إن هذه المـادة التـي هـي شبيهة بالمادة 1504 من القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية، تدخل ضمن السياق العام للإتفاقيات الدولية(348) . فهي لا تخول للمحكمة المحلية سلطة إبطال قرار تحكيمـي دولي إلا إذا كان مقر المحكمة التحكيمية التي أصدرت هذا القرار موجودا داخل الحـدود الجزائرية، ومهما يكن القانون الذي صدر على أساسه، سواء أكان هذا القرار التحكيمي قد صدر طبقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري، أو أنه صدر طبقا لقانون إجراءات أجنبي مختار بصفة رئيسية من قبل الأطراف أو إحتياطيا Subsidiairement من قبل المحكمين.

للإشارة وكما أوضحنا سلفا، فإذا كان الإستئناف يقع على أمر رئـيس المحكمـة المحلية والقاضي برفض أو منح الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي الدولي، فإنه بالنقيض من ذلك، فإن الطعن بالبطلان لا ينصب إلا على القرار التحكيمي. أما عن إنعكاسه علـى الإستئناف، فإن الطعن بالبطلان من شأنه أن يشل أي محاولة لرفع الإستئناف.

---

(383) Issad. M, « Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », Rev. arb, 1993, n° 3, pp. 377-400.

(384) أنظر المادة 5-1 هـ من إتفاقية نيويورك وكذلك المادة 52-1 من إتفاقية واشنطن التي تـنص علـى أن "كـل طرف يمكن له أن يطلب كتابيا من الأمين العام إبطال القرار التحكيمي".

إلا أن هذه القاعدة قد ورد عليها إستثناء، وهو أن "الطعن بالبطلان يترتـب عليـه بقـوة القانون وفي حدود تسلم المجلس الدعوى، الطعن في الأمر الصادر من قاضي التنفيـذ أو سحب الدعوى من هذا القاضي" طبقا للمادة 458 مكرر 25 فقرة 3.

وهكذا، فإن المجلس ينظر في الأمر إستئنافيا وبصورة عرضية. أما إذا لم يصـدر رئيس المحكمة بعد، أمرا من أجل الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي فإنه يعتبر قد تخلى عن النظر في ملف الدعوى بصفة تلقائية.

الملاحظ أيضا، أنه بالنسبة للحالات التي يخضع إليها كل من الطعن بالإسـتئناف والطعن بالبطلان، فإن المشرع قد عمد على توحيد هذه الشروط. وطبقا لهذا المنظـور، فإن هذين الطعنين لا يمكن أن يمارسا إلا في إطار الحالات المنصوص عليها في المـادة 458 مكرر 23 والمذكورة سلفا.

من جهة أخرى، وفيما يتعلق بالهيئة القضائية المختصة، فإن المجلس المخول لـه النظر في الإستئناف أو البطلان، هو المجلس الذي تعود إليه المحكمة التي فصـلت فـي الدعوى أي تلك التي سواء رفضت أو منحت الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي، طبقـا للمادة 458 مكرر 24 أو المجلس الذي صدر بدائرة إختصاصها القرار التحكيمي تنفيـذا للمادة 458 مكرر 26 من نفس القانون.

وعلى صعيد آخر، يجب أن يمارس الطعن سواء بالإستئناف أو بالبطلان في أجل لا يتعدى شهرا، إبتداء من تبليغ حكم القاضي المتعلق بالقرار التحكيمي. من جانب آخر، توقف مدة الطعن تنفيذ القرار، بالإضافة إلى أنه في حالة ما إذا بوشر أحد هذين الطعنين في المهلة المحددة، فمن شأن هذه المباشرة أن توقف هي الأخرى، تنفيذ القرار التحكيمي.

بالنسبة للقانون الفرنسي، وطبقا للمادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية الجديـد يخضع إعتراف القرار التحكيمي إلى شرطين: الشرط الأول، ويتعلق بمراقبة القرار مـن حيث أنه موجود. أما الشرط الثاني، فيتعلق بعدم مخالفته بصفة جلية de manière manifeste للنظام العام الدولي. ولكن بالرغم من محدودية مجال الرقابة التـي يمارسـها القاضـي الفرنسي على القرار التحكيمي، إلا أن هنالك من الفقهاء الفرنسـيين مـن يـرون أن ...

"المحكمة لها أن تنظر في كل وسائل الدفاع المقترحة من الطرف الذي يعارض الإعتراف والمقبولة طبقا لمقتضيات المادة 1502 من القانون الفرنسي الجديد" (385). بينما فريق آخر، يرى أن ذلك يتعارض ونية المشرع الفرنسي التي لا تسمح إطلاقا، بأن تتعـدى الرقابـة الممارسة من طرف القاضي الفرنسي على القرار التحكيمـي لتشـمل حـالات الطعـن المنصوص عليها في المادتين 1502 و1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديـد (386)، أما بالنسبة لتنفيذ القرار التحكيمي L'exequatur de la sentence arbitrale، فإن النظر في مثل هذا التنفيذ، يدخل ضمن إختصاص القاضي الوحيد على مستوى المحكمة الإبتدائية. وهذه القاعدة، هي مستمدة من المادة 311-11 من قانون التنظيم القضائي وقـانون 9 جويليـة 1991 المتضمن إصلاح إجراءات التنفيذ المدنية في فرنسا (387).

أما عن القاضي المختص ترابيا، فهو القاضي الذي صدر في دائـرة إختصاصـه القرار التحكيمي وليس قاضي التنفيذ، مثلما هو منصوص عليه في السابق، وهـذا طبقـا للمادة 1477 من القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية.

وتأكيدا لما سبق ذكره، فتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية، كانت قـد أصدرت قرارا في هذا الإتجاه تؤكد فيه على أن "قاضي التنفيذ المنصوص عليه في المادة 1498 من القانون الفرنسي للإجراءات المدنية الجديـد، للتصـريح بقابليـة القـرارات التحكيمية الصادرة في الخارج للتنفيذ في فرنسا، هي المحكمة الإبتدائية المنتصبة كقاضي وحيد" (388). وبحكم أن القاضي المختص ترابيا للنظر في التنفيـذ الجبـري L'exécution forcée للقرارات التحكيمية، هو القاضي أين صدر بدائرة إختصاصه القـرار التحكيمـي، فالملاحظ في خصوص هذه النقطة بالذات، أن هناك إختلاف في المواقف الفقهية بين مؤيد

---

(385) Voir Bellet et Mezger, op cit, p. 638.
(386) Mezger. E, « Dix questions relatives au titre VI du livre IV du N.C.P.C », Rev.arb, 1981, 543.
(387) Voir Thery. Ph, « Quelques observations à propos de la loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution », Rev.arb, 1991, 727. Voir aussi, du même auteur, « Les procédures civiles d'exécution et le droit de l'arbitrage », Rev.arb, 1993. 159.
(388) Cass. 1ère ch.civ 29 juin 1994. Bull I, n° 224. Sur la jurisprudence antérieure aux réformes de 1991 et 1992 qui déclarait irrécevable la demande d'exequatur portée devant le T.G.I et non son seul président. T.G.I, Paris, 22 nov 1989, Rev.arb, 1990, 693, note Moreau. B, Rev. Crit. DIP, 1991, 107, note M.N. Jobard Bachellier.

لمعيار مكان صدور القرار التحكيمي ومعارض له، خاصة وأن المادة 1477 من القانون الفرنسي لم تتكلم عن القرارات الصادرة في الخارج، مما يوحي بأن المادة السالفة الذكر، لا يمكن أن تطبق إلا على القرارات التحكيمية الصادرة في فرنسا.

ولكن بالرغم من هذا السهو، فبعض الفقهاء من يعتبـرون أن المحكمـة الوحيـدة المؤهلة للنظر في التنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، هي محكمـة باريس. ويبررون ذلك، على أن المحكمة الباريسية تشكل بالنسبة لهم نقطة تمركز بالنسبة لكل الدعاوي المتعلقة بالتنفيذ الجبري، قصد تفادي العديد من المشاكل التي قد تصدر عن إختلاف في الأحكام من محكمة إلى أخرى. ولتفادي التذبذب في هذه الأحكام، فإنهم يرون أن إختيار محكمة باريس هو الأصوب بالنسبة لهذا النوع من عمليات التنفيذ التي تكـون منصبة خصصيا على القرارات التحكيمية (389). بينما يرى فريق آخر مـن الفقهـاء، أن المعيار الذي يجب الأخذ به لتحديد المحكمة المختصة هو معيار موطن المدعي عليه فـي التنفيذ الجبري أو معيار المكان أين يقترح المدعي أن يعمل التنفيذ الجبـري فيـه (390). ويرى جانب آخر من الفقهاء، أن إعمال معيار موطن المـدعي ممكـن لتحديـد الجهـة القضائية المختصة، ولكن بشرط ألا يخفي هذا الإختيار سوء نية من قبل المـدعي، قـد يكون القصد منه جلب الإختصاص إلى مكان موطنه بدون وجه حق. مع العلم، أن مثـل هذا المعيار قد تم تكريسه من قبل محكمة الإستئناف لباريس في 10 جويلية 1992 فـي قضية Stan Krimpour ضد الشركات الفرنسية بإعتبارها المطلوبة في هذه القضية (391).

أما في خصوص طرق الطعن، فيجب حسب القانون الفرنسي الجديد التمييز بـين نوعين من الطعون، فإذا كان القرار التحكيمي صادرا في فرنسا في مادة التحكيم التجاري الدولي Sentence rendue en France en matière d'arbitrage international، فإن هذا القـرار لا يمكن أن يطعن فيه لا عن طريق الإستئناف ولا عن طريق إعتراض الغير الخارج عن

---

(389) Voir en ce sens surtout, Level. P, « La réforme de l'arbitrage international », JCP, éd CI, 1981, I, 9899, n° 25.
(390) Huet. A, « Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français », JDI, 1988. 5 spéc, p. 21.
(391) Paris, 10 juill 1992, Rev.arb, 1994. 142, note Level. P.

الخصومة (392)، وإنما عن طريق الطعن بالبطلان فقط، وذلك طبقـا للمـادة 1504 مـن القانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية. في نظر الأستاذ Fouchard. Ph، "فإن هذه المادة تسمح بتوزيع دولي للإختصاصات القضائية للدول بالنسبة للقرارات التي تهـم التجـارة الدولية" وهكذا، كما أضاف "فإنه يصبح من حق القاضي الفرنسي أن يبطـل القـرارات الصادرة على أرضه، ولكن لا يمكن له بالمقابل أن يقوم بذلك بالنسبة للقرارات الصـادرة في الخارج (393). أما، إذا كان القرار التحكيمي صادرا في الخارج، فطبقا للمادتين 1502 و1503 فيمكن إستئناف الحكم الذي منح الإعتراف أو التنفيذ لهذا القرار أمـام محكمـة الإستئناف الذي يقع بدائرة إختصاصها القاضي الذي فصل في الإعتراف أو التنفيذ، وذلك في أجل شهر إبتداء من تبليغ الحكم. يبقى أن نشير، إلى أنه لا يمكن إستئناف هذا الحكـم إلا في حالات محددة وهي ثلاث:

1- غياب سلطة المحكمين.

2- خرق مبدأ المواجهة.

3- مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام الدولي.

وبعد إستعراضنا لمختلف الأوجه التي أتت بها لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسـية فإننا نلاحظ أن هذه اللائحة قد أبرزت لأول مرة في علاقات الجزائـر الثنائيـة، إهتمـام الدولة الجزائرية بالتحكيم التجاري الدولي، بإعتباره الوسيلة الأفضل في تسوية نزاعاتهـا الإستثمارية مع المستثمرين الأجانب. إلى جانب تميز هذه اللائحـة بالطـابع الليبرالـي لأحكامها، وهو نفس الإتجاه الذي وجدناه مكرسا في كل من القانونين، القانون الفرنسـي الجديد للإجراءات المدنية والقانون الجزائري بعد التعديل. والملاحظ أيضا، أنه لـم يعـد هنالك أدنى شك في أن الإنسجام أصبح الآن موجودا بين اللائحـة والقـانونين الفرنسـي والجزائري الحاليين مع القواعد المألوفة في التجارة الدولية (394).

(392) كان هذا الطعن يرفع سابقا ضد الأمر بالتنفيذ **L'ordonnance d'exéquatur** ويسمح للطرف الذي خسر الدعوى للوقوف ثانية أمام رئيس المحكمة الإبتدائية للفصل حضوريا في الأمر مع إمكانية إستئناف الحكم الإبتدائي في حالة مـا إذا كان القرار التحكيمي مخالفا للنظام العام أو قد أخل بحقوق الدفاع.

(393) Fouchard. Ph, « L'arbitrage international en France après … » art, préc, p. 405.

(394) Mebroukine. A, op cit, p. 231.

كما أننا نعتقد، أنه بعد إدراج المشرع الجزائري، لفصل خاص بالتحكيم التجـاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجديد، فقد وضع بذلك حدا للتناقضات التـي كانـت موجودة بين اللائحة الجزائرية الفرنسية ونظام التحكيم قبل التعديل، بالإضافة إلى كونـه بهذا الإنسجام قد برهن عن إستعداده لترسيخ التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعـات بـين الدولة الجزائرية والمستثمرين الفرنسيين، في وقت يشهد فيه العالم تنافسا شرسا بين الدول النامية لجلب الإستثمارات الأجنبية إلى بلدانها.

****
***

إلا أن الشيء الذي يجب التأكيد عليه في نهاية المطاف هو أن الإتفاقيات الدوليـة التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى في إطار التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار تبـدو أكثر إنفتاحا، لأنها لم تأخذ فقط بالتحكيم وإنما بالطرق القضائية الأخرى، مثـل القضـاء الرسمي للدولة الطرف في النزاع وكذلك بما يسمى القضاء الجهوي مثل المحكمة العربية للإستثمار على مستوى العلاقات الإقتصادية العربية. إلى جانب تكريسها للحلول الوديـة كأحد الخيارات المفتوحة للمستثمر في نزاعه مع الدولة المضيفة. إلا أن ما يعـاب علـى هذه الإتفاقيات هو منحها حق المفاضلة Droit d'option بين هذه الطريقة القضائية وتلـك للمستثمر فقط على حساب الدولة أين ينجز على إقليمها الإستثمار. بينما جاءت الإتفاقيـة الجزائرية الفرنسية أكثر تفصيلا في خصوص تنظيمها للتحكيم، وهي التـي لا ينصـب موضوعها إلا على التحكيم.

أما في خصوص القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، فبينما تتميز الإتفاقيات الثنائية بأخذها بأكثر من مصدر عندما يتعلق الأمر بتحديد القـانون الواجب التطبيق على الإجراءات مع وجود سلم ترتيبي لها ومنحها المستثمر الأجنبي حق المفاضلة بين هذا القانون أو ذاك، فإن اللائحة الجزائرية الفرنسية تنص على أن القواعـد أمام هيئة التحكيم هي تلك التي تحكمها اللائحة. وفي حال سكوتها، تسري عليها القواعـد

التي يحددها الأطراف أو هيئة التحكيم بالرجوع إلى قانون وطني للإجراءات يكون قـابلا للتطبيق.

أما عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فـإن اللائحـة الجزائريـة الفرنسية تأخذ - مثلما أوضحنا - بقانون مكان تنفيذ الأداء الأكثر خصائصية للعقد. وهـي بذلك تختلف كلية عن الإتفاقيات الثنائية لا من حيث التنوع والتعدد فحسب وقـد أخـذت بأكثر من قانون، ولكن أيضا من حيث السلم الترتيبي لها. إلا أنه بـالرغم مـن بعـض الفروقات التي تميز هذه الإتفاقية عن الأخرى، إلا أنها تشترك كلها في قاعدتين إثنتـين. القاعدة الأولى، وهي إرتكازها على مبدأ واحد ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة في إختيار أحد الطرفين للهيئة القضائية الفاصلة في النزاع وحتى في إختيار القانون الواجب التطبيق. أما القاعدة الثانية، وهو تكييفها على أساس أنها مجرد إتفاقيات إطار Convention-cadre لمـا سيطرح عند التفاوض بين الدولة أو إحدى الذوات المعنوية التابعة لها والمستثمر الأجنبي. بالنسبة لعقود الإستثمار التي ستبرم بينهما في مرحلة بعدية والتي يطلق عليها عادة بعقود الدولة.

العنـوان الثانـي

عـقـ ـ ـود الإستثمـ ـ ـار

تشكل عقود الإستثمار أو ما يعرف بعقود الدولة، الإمتـداد الطبيعـي للإتفاقيـات الدولية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار، والتجسيد الفعلي للخيارات الكبرى التي أتت بها هذه الإتفاقيات بإعتبارها - كما أسلفنا - إتفاقيات أطار.

ففي خصوص تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار تحديـدا، يمكـن للطـرفين، الدولة من جهة، والشركة الأجنبية من جهة أخرى، أن يتفقا في مثل هـذه العقـود علـى إدراج التحكيم التجاري الدولي، كوسيلة لفض نزاعهما المتعلق بالإستثمار (الباب الأول). إلا أنه توجد من بين هذه النزاعات، والمتعلقة دائما بالإستثمار ما هي تخضع وجوبا إلـى المحاكم الوطنية كجهات مختصة للنظر في النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين المتعاقدين (الباب الثاني).

البـاب الأول: التسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي

إن إختيار التحكيم يبقى الوسيلة الأكثر إستعمالا لحـل النزاعـات الناشـئة عـن الإستثمار. وهو إختيار أصبح مكرسا بصفة رسمية في قانوني الإستثمار، والإجـراءات المدنية وفي الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالحماية المتبادلة للإستثمار، والتي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع حكومات أخرى، بعدما أن كانت الجزائر ولسنوات تبدي تخوفا منه حتـى وإن كانت تعمل به في الواقع. وربما أيضا، كان للأزمة الإقتصـادية دورا فـي إسـراع الجزائر إلى إتخاذ موقف أكثر إيجابية الآن من ذي قبـل. يأخـذ التحكـيم فـي العقـود الإستثمارية للجزائر شكلين، شكل تحكيم مؤسساتي (الفصل الأول) أو شكل تحكـيم حـر (الفصل الثاني). ومن خلال هذين النوعين من التحكيم يسعى طرفا العقد، الدولة من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، إلى حل نزاعهما المتعلق بالإستثمار.

يبقى أن نشير إلى أن اللجوء إلى التحكيم الحر أو إلى التحكيم المؤسسـاتي لـيس الوسيلة الوحيدة لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، لأن عقود الإستثمار التي أبرمتها

الدولة مع المستثمرين الأجانب لا يمكن أن تثير فقط المشاكل ذات الطبيعة القانونية. فهي قد تثير أيضا، نزاعات ذات طبيعة فنية. وهذا النوع من النزاعات يتطلب إجراءا خاصـا لحلها. وهذا الإجراء يتمثل فيما يسمى بالخبرة الفنية (الفصل الثالث).

الفصل الأول: اللجوء إلى التحكيم المؤسساتي للغرفة الدولية للتجارة

في الواقع يغطي تحكيم الغرفة الدولية للتجارة مجالات عدة للنشـاط الإقتصـادي الوطني. فقد نجده في مجال البناء والصيدلية والحديد والصلب. ولكـن أكثـر المجـالات حساسية وإقبالا على تحكيم الغرفة هو المجال البترولي ويشهد لسوناطراك الخبرة في هذا المجال وفي إستعمالها كم من مرة لتحكيم الغرفة (المبحث الأول).

ولدى إطلاعنا على عينات من عقود "سونطراك" وجدنا أن أغلب هذه العقـود قـد أدرجت ضمن الباب المخصص لتسوية النزاعات البند النموذجي لتحكيم الغرفـة الدوليـة للتجارة (395) وهذا البند النموذجي يرجع بالطرفين إلى إجراءات التوفيق والتحكـيم التـي تنص عليها لائحة الغرفة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مجال تحكيم الغرفة الدولية للتجارة

إن تحكيم الغرفة الدولية للتجارة قد نجده في العقود المنشئة للشـركات المختلطـة كالقانون الأساسي للشركة المختلطـة الجزائريـة الأنقليزيـة فـي المجـال البترولـي (المطلب الأول) أو في عقود البحث والإستغلال، مثل عقد البحث والإستغلال الذي أبـرم بين شركة "سونطراك" وشركة "أجيب" الإيطالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالة القانون الأساسي للشركة المختلطة الجزائرية الأنقليزيـة " Browen Rook Condor" شركة ذات أسهم

يتعلق الأمر هنا، بالقانون الأساسي لشركة مختلطة تجمع بين الشـريك الـوطني والمتمثل في شريكتي "سونطراك" و"نافتاك" من جهة، والطرف الأجنبـي المتمثـل فـي الشركة الأنقليزية "براون وروت ليميتاد" من جهة أخرى. ويتعلق موضوع objet هذه

(395) توصي الغرفة الأطراف الذين يرغبون في إستعمال لائحة التحكيم التابعة لها بأن يدرجوا فـي عقـودهم البنـد النموذجي الذي هو نصه: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائيا وفقـا لنظـام غرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام" عن لائحة التوفيق والتحكـيم للغرفـة السارية المفعول إبتداء من 1 جانفي 1998 الطبعة الأولى، الغرفة الدولية للتجارة والمنظمة العالمية للمؤسسـات، أوت 1998، ص. 8.

الشرك بإنجاز خدمات هندسية وتسييرية والتركيب في مجالات البترول والغاز، إلى جانب عمليات الهندسة والهندسة المدنية. أما من حيث الشكل، فإلى جانب خضوعها إلى قانونها الأساسي، فهي تخضع أيضا إلى القوانين واللوائح السارية المفعول والمطبقة على الشركات ذات الأسهم، إلى جانب خضوعها إلى المرسوم التشريعي رقم 12/93 لـ 5 أكتوبر 1993 السالف الذكر والمتعلق بترقية الإستثمار.

بالنسبة للنزاعات التي قد تثور بين المساهمين في الشركة المختلطة، فإن المادة 31 من القانون الأساسي للشركة تنص على أن "النزاعات الناشئة بين المساهمين من مجموعة "أ" والمساهمين من مجموعة "ب" الذين لم يتمكنوا من إيجاد حل لها بالتراضي، يمكن أن يتم تسويتها بصفة نهائية طبقا للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية" الملاحظ في خصوص هذه النقطة بالذات، أنه إذا كان في الماضي إدراج مثل هذا البند في عقد إستثمار من هذا الحجم يشكل محل إستغراب من قبل جانب من الفقهاء الذين يرون في ذلك تناقضا صريحا مع الموقف المعادي للجزائر إزاء التحكيم التجاري الدولي (396)، فإن هذا البند في ظل التعديلات التي أجريت على قانون الإجراءات المدنية وإفراد باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي من قبل المشرع، لم يعد يثير الدهشة والإستغراب. بالإضافة، إلى أن بعضا من الفقهاء من يرون أن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي يشكل في تعامل الدولة الجزائرية مع الشركة الأجنبية الضمان الذي لا بد منه حتى تقبل هذه الشركة على الإستثمار في الجزائر. إلى جانب كونه يعد من بين وسائل جذب الإستثمارات، إلى جانب المزايا والحوافز الجبائية والجمرقية التي تقوم على نفس الفلسفة وتخدم نفس الهدف. وبالمقابل، فهذا الضمان القانوني الممنوح للشركة الأجنبية يأتي كعوض لنقل تدريجي للتكنولوجيا لفائدة الشريك المحلي من خلال المساعدة الفنية، وبرامج التكوين التي يحظى بها مستخدمو الشركة المحلية. وهو النقل اللصيق بالعملية الإستثمارية في جانبها المادي البحث.

---

(396) Bouzana. B, Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, OPU-Publisud, Alger, 1985, p. 201 et s.

وبالرغم من إدراج بند خاص بالتحكيم التجاري الدولي في العقد، فهل هذا يعني عمليا أنه سيتم اللجوء إليه بصفة آلية في حالة نشوب نزاع بين شركة "سونطراك" والشريك الأجنبي؟ الواقع أن الطرفين، وخاصة الطرف الأجنبي لا يحبذ اللجوء إلى التحكيم، لأنه يعتقد أن الوقوف أمام المحكمة التحكيمية من شأنه أن يمس من الصورة اللامعة التي يريد المحافظة عليها في عالم تسوده المنافسة. وهذا ما يفسر - حسب إعتقاد بعض الفقهاء - الحالات النادرة التي تخضع فيها نزاعات الإستثمار إلى التحكيم بل الرغبة المتزايدة عموما لدى الأطراف في اللجوء إى الوسيلة الودية من أجل تسوية نزاعاتها. يبقى أن نشير، إلى أن إستعمال التحكيم يصبح فقط ضروريا ويصعب تجنبه إذا ظهر جليا، أن مواقف الطرفين متباعدة جدا نظرا للإختلاف في النظرة وفي المصالح. الشيء الذي يجعل من التحكيم الجسر الذي يجب العبور منه لتسوية النزاع لأنه في النهاية، لا يختلف إثنان على أن الوسيلة الودية تشكل الطريق الأمثال للمحافظة على علاقات إقتصادية مستديمة عوض التحكيم الذي قد يمثل بداية القطيعة، إن لم نقل نهاية أكيدة للعلاقات التجارية بين الطرفين.

بند تحكيمي آخر شبيه بالمادة 31 من القانون الأساسي الذي تعرضنا إليه وجدناه في بروتوكول إتفاق protocole d'accord بين شركة سونطراك وشركة كندية تم بمقتضاه إنشاء شركة مختلطة تسمى شركة "أكورحاب" للخدمات البترولية. تنص المادة 10 من العقد على أن "كل النزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير بروتوكول الإتفاق تخضع إلى إجراء ودي. وفي حالة عدم تسويتها بالطرق الودية، يقع إخضاعها إلى تحكيم الغرفة الدولية للتجارة بجنيف". الملاحظ من خلال قرائتنا لهذا البند أو سابقه، والمدرج في عقد الشركة المختلطة الجزائرية الأنقليزية، هو التنصص على الحل الودي كمرحلة مسبقة وإلزامية بالنسبة للطرفين. أما من حيث مجال التوفيق أو التحكيم وهو أن هذا البند ونقصد بذلك البند الأخير، لم يميز بين نوعين من النزاعات، سواء تلك المتعلقة عادة بتفسير العقد أو تلك المتعلقة بتنفيذه. وبعبارة أخرى، فالموفق أو المحكم سوف يفصل في النزاعات التي قد تنشأ عن العمليات الإستثمارية بقطع النظر عن نوع هذه النزاعات. يبقى في النهاية، أن البديل عن الحل الودي هو اللجوء إلى تحكيم الغرفة الدولية للتجارة. ما هي

الأسباب التي دعت وتدعو عادة الطرفين إلى إختيار تحكيم الغرفة الدولية للتجـارة؟ فـي الحقيقة، إذا أردنا أن نستعرض هذه الأسباب، فنجد أنها عديدة ومتعـددة. منهـا أولا، أن التمسك بالسيادة أضحى أقل حدة من أي وقت مضى، وخاصة بـالنظر إلـى السـنوات السبعين أين عرفت الجزائر ما يعرف بالسيادة الوطنية على الثـروات الطبيعيـة ومبـدأ السيادة الإقتصادية على العموم، والتي كانت من أحد إنعكاساتها علـى مسـتوى تسـوية النزاعات القائمة بين الدولة الجزائرية أنذاك والشركات البترولية، هـو محاولـة الدولـة فرض اللجوء إلى المحاكم الوطنية وتطبيق قوانينها بإسم السيادتين القضائية والتشـريعية. ثانيا، أثبتت التجربة أنه نظرا لكون العقود التي أبرمتها الدولة الجزائرية هي عقود منصبة على تكنولوجيا عالية وتتطلب إستثمارات هائلة وتهاون بين الطرفين، فيبدو أن اللجوء إلى تحكيم الغرفة، سببه الخبرة التي تتمتع بها هذه الأخيرة فـي هـذا النـوع مـن العقـود والنزاعات. ويبقى الحل الأنسب عموما بالنسبة لطرفي النزاع عوضا عن اللجـوء إلـى محاكم الدولة، وهي التي تفتقر إلى الخبرة، خاصة في مجالات يصعب على قضـاة هـم غير مؤهلين لذلك، هو إستعمال التحكيم التجاري. من جهة أخرى، تنص المادة 31 فقـرة 2 من العقد على أن "القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري "فهذا يعني من جهـة، أن هذا القانون يمثل قانون الدولة الطرف في النزاع وكـذلك قـانون الدولـة المضـيفة للإستثمار. ومن جهة أخرى، فتطبيق القانون الوطني للدولة لا يعد فـي النهايـة سـوى الوسيلة الطبيعية للتعبير عن سيادتها، إلا أن ذلك ما يخشاه في الحقيقة المستثمر الأجنبي، لأن إخضاع القانون الواجب التطبيق إلى سيادة الدولة المضيفة معناه أن هذه الدولة سوف تمارس هذه السيادة بدون حدود. في نظر بعض الفقهاء، إن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار ليس سوى المقابل لخضوع الدولة للتحكيم التجاري الدولي وإلتزامهـا بمنح كل الآثار اللصيقة بالقرارات التحكيمية التي سوف تصدرها المحاكم التحكيمية.

ثم إن التأكيد على إختيار القانون الوطني كقانون واجب التطبيق، قد يشكل التوجه العام للبلدان السائرة في طريق النمو، والتي تبدي تحفظا إزاء التحكيم. فـي الواقـع، إن الإستناد إلى القانون الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق، يعد تعبيرا عن حريـة إرادة الأطراف في تحديد هذا القانون، خاصة، وأن ما يميز حاليا قـانون التحكـيم فـي

الجزائر، بعد التعديلات الأخيرة التي أجريت على قانون الإجراءات المدنية، هو التوجـه الليبيرالي لهذا القانون، وتكريسه لمبدأ حرية الإرادة كقاعدة أساسية لوضع التحكيم حيـز التطبيق. أما السؤال الذي يمكن أن نطرحه في هذا الإطار، هل أن المحكم في حالة نشوب نزاع بين شركة "سونطراك" والشركة الأجنبية، سوف يطبق القانون الجزائري بصفة آلية، أم أنه يمكن له أن يستبعده لصالح قانون دولي معين؟ إذا رجعنا إلى لائحة تحكيم الغرفـة الدولية للتجارة، التي غالبا ما تأخذ بها عقود الإستثمار في الجزائر مثل الذي هو موضوع تحليلنا هذا، فنجد أنه بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مثلما سـوف نراه في الفقرات اللاحقة بالتفصيل، فهي تنص على مبدأ إحترام حرية الأطراف في إختيار هذا القانون (397). ولكن إذا ما تمعنا في المادة 17 من لائحة تحكيم الغرفة، فـإن هذه المادة تسمح للمحكم بأن يلجأ إلى قواعد قانونية أخرى وذلك في غيـاب أي إختيـار للطرفين. ولكن، بالرغم من ذلك كله "ففي جميع الحالات يأخذ المحكم في عين الإعتبـار بنود العقد وأعراف التجارة" (398) يجب التأكيد على أن إختيار القانون الجزائري في هـذا العقد كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، يتفق تماما مع لائحة التحكـيم لغرفـة التجارة الدولية التي ترتكز على مبدأ سلطان الإرادة ومع القانون الجزائري للإجـراءات المدنية الذي ينص في مادته 458 مكرر 14 على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النـزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقـا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

لكن، لماذا وقع الإختيار في هذا العقد على القانون الجزائري وليس على القـانون الوطني للطرف الآخر أو على أي قانون دولي آخر؟ أولا بالنسبة للفقه، يعتقد جانب كبير من الفقهاء (399) أن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار ينسجم مـع طبيعـة العقد، ومع قواعد الإسناد المكرسة من طرف القانون الدولي الخاص فـي تلـك الدولـة (كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه) وكذلك مع القرار الصادر منذ سنة 1929 عن

(397) راجع المادة 17 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة عن منشورات الغرفة، أوت 1998، ص. 22.
(398) أنظر في خصوص هذا الموضوع، الصفحات المتعلقة بإجراءات التوفيق والتحكيم للغرفة من رسالتنا.
(399) Zahi. A, L'Etat et l'arbitrage, OPU-Publisud, Alger, 1986, p. 217 et s.

المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية (Les emprunts Serbes) والذي كرس لأول مـرة مبدأ تطبيق القانون الوطني كقانون واجب التطبيق، عندما يكون أحد طرفي العقد دولـة. أما بالنسبة للقرارات التحكيمية التي جاءت فيما بعد، فقد أخذت بنفس الإتجاه. وهكذا، ففي قضية شيخ قطر ضد شركة "International Oil Company" حول نقل حق الإسـتغلال فـي الجرف القاري Plateau continental لفائدة "International Marine Oil Cy" والذي كانت تمتلكانه كل من شـركة "Superior Oil Cy" وشـريكتها "Central Miningand Investissment" صـرح المحكم في هذه القضية على "أن القانون الواجب التطبيق في قضية الحال، هـو القـانون الإسلامي بإعتباره القانون الأكثر ملائمة" (400). نفس الموقـف، أخـذت بـه المحكمـة التحكيمية في قضية Aramco ضد حكومة العربية السعودية والتي كان قد ترأسها الأسـتاذ Sausser Hall، حيث أكد هذا المحكم على أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون السعودي الساري المفعول. ويعلل ذلك بأن "الدولة المعينة هي طرف في العقد بصفتها المانحة للإمتياز، وأن المتعارف عليه عالميا في القانون الدولي الخـاص هـو أن الدولة ذات السيادة يفترض ما لم يثبت العكس، أنها أخضعت الإلتزامات التي تعاقدت من أجلها إلى قانونها الخاص" (401). إن تطبيق القانون الوطني للحكومة السعودية الطرف في النزاع، لا يتماشى فحسب مع قواعد الإسناد الموجودة في القانون الدولي الخاص للعديـد من الدول، بل وأيضا، مع مبدئي الحصانة القضائية والإستغلال الحر للثروات الطبيعيـة التي تملكها هذه الدول (402). ولكن السؤال الذي نطرحه الآن، هل أن على المحكم الإلتزام بتطبيق القانون الجزائري في حالة نشوب نزاع بين شركة "سوناطراك" والشركة الأجنبية، أم أنه يمكن له أن يستبعده إذا رأى أنه غير ملائم؟ مبـدئيا، إذا نظرنـا إلـى أن العقـد التأسيسي الذي يربط بين شركة "سوناطراك والشركة الأجنبية على أنه شريعة المتعاقدين، فهذا معناه، أن على المحكم إحترام إرادة الطرفين وبالتالي، فلا يجوز له إطلاقا إسـتبعاد القانون الجزائري لفائدة قانون آخر أو قاعدة قانونية أخرى، مثل القواعد المشتركة La lex mercatoria إلا إذا طلب الطرفان منه ذلك، ويكون ذلك منصوصا عليه في العقد صراحة

(400) Sentence de 1953, I.L.R, Vol 20, 1953, pp. 544-5.
(401) Sentence Aramco C/ Gouvernement de Arabie Saoudite du 23 août 1958, I.L.R, Vol, 27. Voir aussi Battifol. H, « La sentence Aramco et le droit international privé », Rev.Crit, DIP, 1964, pp. 647-662.
(402) Bencheneb. A, Les mécanismes juridiques des relations commerciales …, op cit, p. 128.

أو في حال غياب أي إختيار للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مثلما تدل عليه المادة 17 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة، في هذه الحالة الأخيرة، فإن المحكم يطبق القانون المعين من طرف قاعدة التنازع التي يراها ملائمة في قضية الحال. ولكن المادة 17 في فقرتها الثانية تنص على أنه "في جميع الحالات يأخذ المحكم في عين الإعتبار بنود العقد وأعراف التجارة" وقد تعني أيضا هذه المادة، أنه حتى في حال إختيار القانون الواجب التطبيق أو عدم إختياره، فإن المحكم لا بد أن يأخذ في الحسبان، ما نص عليه العقد وكذلك أعراف التجارة سواء بصفة جامعة Cumulative أو بصفة تداولية alternative.

ولكن، في جميع الحالات أيضا، وبالرغم من التنصيص صراحة على القانون الوطني كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، يمكن للمحكم أن يستبعد القانون الوطني المؤهل في نظرنا طبيعيا ليحكم موضوع النزاع.

فمثلا في قضية أبوظبي أسس المحكم رفضه تطبيق القانون المحلي، على أساس "الصفة البسيطة للعدالة المستمدة من القرآن وغياب وسائل التجارة الحديثة". ونفس الموقف، إتخذه المحكم في قضية Aramco. فبعدما أن أعلن أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني السعودي، أشار المحكم إلى أن "بعضا من آثار عقد الإمتياز لا يجب أن تخضع إلى قانون العربية السعودية لأسباب موضوعية، وأخرى يجب أن تخضع إلى المبادئ العامة للقانون، نظرا إلى الغموض الذي يحيط بمحتوى الإتفاقيات المبرمة بين الطرفين بالمعنى الذي تحمله هذه الإتفاقيات".

إن مثل هذا الحل يهدف في الحقيقة إلى تجزئة العقد، والأهم من ذلك، سحب جزء من الآثار اللصيقة به من أن يخضع إلى القانون السعودي **(403)**. وخارج هذه القضية، هنالك قضية أخرى، أخذت نفس الإتجاه، وهي قضية Saphir أين طبق فيها المحكم السويسري Pierre Cavin "مبادئ القانون المعترف بها عموما من قبل الأمم المتقدمة" **(404)**

---

(403) Issad. M, « Les techniques juridiques dans le cadre du développement économique », comunication présentée au colloque international. Droit international et développement, Alger 11-14 oct 1976, p. 12.
(404) Sentence Saphir, I.C.L.R, vol 13, 1964, p. 1015.

وإن كان قد عرف فقه القضاء التحكيمي في سنة 1930 قرارا مشابها للقـرارين اللـذين إتخذهما المحكمان السابقان في القضية المعروفة بقضية Lena Goldfields ضـد الإتحـاد السوفياتي سابقا أين إستبعد فيها المحكم بالمناسبة القانون السوفياتي بالرغم من التنصيص عليه بصورة واضحة في العقد. وعلى صعيد آخر، يعد مكـان التحكـيم عنصـرا مـن العناصر الهامة في عملية التحكيم ويبدو على غاية من الأهمية، إذا وقع فـي دولـة دون أخرى (405) نظرا لإرتباطه بجنسية القرار التحكيمي وبنجاعه إتفاقية التحكيم (406). وبوجه عام، يمكن لنا أن نقول أن مكان التحكيم مهم جدا، لتحديد أي محكمة مختصة للنظر فـي النزاع، وأي قانون وطني يكون مختصا لتسوية بعض المسائل الخاصة بالتحكيم. وبعبارة أخرى، للبحث ما إذا كانت إتفاقية التحكيم صحيحة، وكيف يمكن تشكيل هيئـة التحكـيم، وإعداد الإجراءات وأي قانون يحكم موضوع النزاع.

بالنسبة للشركة المختلطة الجزائرية الأنقليزية موضوع دراستنا هـذه، فقـد وقـع إختيار مكان التحكيم في باريس. الملاحظ هنا، أن إرادة الطرفين قد إتجهت إلى إختيـار باريس، كمكان للتحكيم طبقا للمادة 31-3 من عقد الشركة. نعتقد، أن مدينة بـاريس قـد أختيرت لإعتبارات عديدة، من بينها أنها مكان محايد. لأنه عادة، أثناء المفاوضات التـي تسبق إنعقاد العقد، كل طرف يحاول أن يكون مقر المحكمة التحكيمية في مكـان يخـدم مصالحه. فالدولة مثلا، تحبذ عادة أن تسري إجراءات التحكيم على ترابها. أما الطـرف الثاني فيحبذ من جهته، أن يقع التحكيم في مكان يخدم مصالحه. أما اليوم، فيعتقد أغلـب الفقهاء، أن إختيار مكان التحكيم يتم لأسباب تتعلق بالظروف المريحة لإجـراء التحكـيم وكذلك بالحياد السياسي للدولة التي يقع على ترابها مقر الهيئة التحكيمية وهـو لا يعنـي بالضرورة تطبيق قانون تلك الدولة على إجراءات التحكيم (407). وفي معنى حياد التحكيم بالضبط طبقا لتحكيم الغرفة، يرى الأستاذ Derains "أن ما أعتدنا أن نسميه أرضا محايدة، يجب أن يحسب على أنه يعد من بين المزايا التي يمنحها تحكيم الغرفة الدولية للتجارة

---

(405) Klein F.E, « L'arbitrage de droit international privé », in A.S.D.I, 1963, pp.41-62.
(406) Zahi. A, op cit, p. 210.
407) Fouchard. Ph, Gaillard. E et Goldman. B, op cit, p. 649 et s.

الأطراف" (408). في الحقيقة، إن الحياد يعني ألا يكون مكان التحكيم في بلد هو تفضـيل أحد الطرفين على حساب الآخر. وهذا التفضيل بقدر ما هو مادي هـو أيضـا نفسـاني. بالرغم من ذلك كله، فغالبا ما يلعب قانون مكان التحكيم دورا مهما في تحديد إجـراءات التحكيم، حتى وإن كان المتعارف عليه هو أن الإجراءات التحكيمية تتعلق أولا بسـلطان الإرادة. ولكن مهما يكن من أمر، فيعتقد بعض الفقهاء، أن حرية إختيار الطرفين لمكـان التحكيم لا يمكن أن يمارسانه إلا في ظل إحترام الأحكام الإجرائية الآمرة لمكان التحكيم (409)، وإلا تعرض القرار في بلد الصدور إلى خطر البطلان (410) أو في بلد أجنبـي (411) بالإضافة إلى أن بعضا من الفقهاء، لا ينصحون بتحديـد مقـر التحكـيم مسـبقا وإنمـا التنصيص فقط على كيفية تحديده في الوقت المناسب (412). نعتقـد أن إختيـار الطـرفين لباريس كمكان للتحكيم، إلى جانب كونه ليس له أي علاقة لا بالطرفين ولا بالنزاع، فهـو يستجيب لرغبة الطرفين في إخضاع نزاعهما لتحكيم الغرفة أين يوجد مقرهـا ببـاريس، وهي المؤهلة طبقا للائحتها لإدارة التحكيم. نرى من جهة أخرى، أن مدينة باريس تمثـل بالنسبة للطرفين المكان المناسب نظرا لما تتوفر عليه من وسائل خدماتية، وربما أنهما لا يمكن أن يجدا التسهيلات الإدارية لإجراء التحكيم إلا في باريس، لأنه إذا جرى التحكـيم خارج باريس فإن محكمي الغرفة لا بد وأن يجتهدوا في البحث عـن قاعـات للإجتمـاع ووسائل للسكرتياريا وكل ما يلزم للسير العادي لإجراء التحكيم.

إن الحياد يقتضي أيضا، تطبيق لغة للإجراءات تكون مستساغة من قبل الطـرفين. وعلى هذا الصعيد، فإننا نعتقد أن هذا الموضوع هو شبيه بموضوع حياد المحكـم. لهـذا الغرض، فإنه من المزايا الكبرى لتحكيم الغرفة الدولية للتجارة، أنـه يمكـن للمحكمـين والأطراف من الإختيار وبصفة مشتركة اللغة التي ستسـتعمل فـي التحكـيم. بالنسـبة للطرفين، يصعب عليهما أحيانا الإتفاق على لغة واحدة، وإن تحقق ذلك، فغالبا بعد

---

(408) Derains. Y, op cit, p. 45
(409) Derains. Y, « Le choix du lieu de l'arbitrage », in R.D.A.I, n° 2, 1986, p. 111.
(410) أنظر المادة **I ,V**، أ من إتفاقية نيويورك التي تسمح للقاضي بأن يرفض منح الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي كان قد صدر في شأنه حكم بالبطلان في بلده الأصلي.
(411) Derains. Y, op cit, p. 115.
(412) David. R, op cit, pp. 392-393.

مفاوضات عسيرة. أما في غياب أي إتفاق مسبق على لغة واحدة للتحكيم، فإنه قد يتعذر على المحكم عمليا أن يجد حلا، خاصة إذا تشبث كل طرف بلغته الأصلية بإعتبارها اللغة التي يجب أن تستعمل في التحكيم. وقد لا يفهم المحكم العديد من اللغات، في هذه الحالـة، فإنه يستعان بالترجمة. أما عند الإستحالة المطلقة، فإنه يلجأ إلى لغة العقد كلغة للتحكـيم. وغالبا أيضا، ما تختار لغة محايدة كحل وسط، لا على أساس أنهـا اللغـة التـي يتقنهـا الطرفان بل على أساس أيضا اللغة التي يفهمها الجميع كاللغة الأنقليزية بإعتبارها اللغـة الأكثر تداولا بين التجار الدوليين.

بالنسبة للعقد التأسيسي الذي يربط بين شركة "سونطراك" والشركة االإنقليزية كان بالإمكان مثلا، أن يقع إختيار الإنقليزية أو العربية وهي لغة أحد الطرفين عوضا عن اللغة الفرنسية. نعتقد، أن إختيارهما للغة الفرنسية هو إنعكاس لإرادتهما الحرة في إختيـار أي لغة يرونها مناسبة للتحكيم طبقا للائحة الغرفة. ولأن الفرنسية هي لغة مفهومـة ويتقنهـا أغلب المحكمين، فلهذا الغرض، إختيرت اللغة الفرنسية كلغة للتحكيم.

وهذا الرأي ليس ببعيد عن الحقيقة، لأنه بشهادة الفقهـاء وعلـى رأسـهم الفقيـه Yves Derains فإن أغلب إجراءات التحكيم أمام الغرفة تسير سواء باللغـة الأنقليزيـة أو باللغة الفرنسية. مبرر آخر نسوقه هنا، وهو أنه ربما لمكان التحكيم علاقة باللغـة التـي تستعمل في التحكيم. فنعتقد، أنه بما أن مكان التحكيم هو باريس، فمن المنطقـي جـدا أن تكون لغة التحكيم هي اللغة الفرنسية بالإضافة إلى كونها هي اللغة التي حرر بهـا العقـد التأسيسي للشركة المختلطة.

نرى من وجهة نظرنا، أن مكان التحكيم قد يعد في هذه الحالة، قرينة على أن لغة التحكيم هي لغة مكان التحكيم أيضا، إلى جانب كونها لغة العقد. وإن كانت لغـة مكـان التحكيم قد لا تكون هي نفسها لغة العقد، لأن لغة العقد قد تكون الألمانية ومكان التحكـيم باريس. فلا علاقة إذن، بين مكان التحكيم ولغة العقد وكذلك التحكيم. ولكن الأرجح، هـو أن تكون لغة التحكيم هي نفسها لغة مكان التحكيم حتى وإن كان العنصر المؤثر والمحدد في هذه المعادلة، تبقى إرادة الطرفين في إختيار المكان الذي يريدان واللغة التي يريـدان سواء أكانت هذه اللغة هي لغة العقد، أو لغة مكان التحكيم.

المطلب الثاني: حالة عقد البحث والإستغلال البترولي المبرم بين شـركة "سـونطراك" والشركة الإيطالية "AGIP"

بالنسبة لهذا العقد، تعرف فيه تسوية النزاع مرحلتين، مرحلة ودية مسبقة ثم مرحلة لاحقة أين يلتجأ فيها الطرفان إلى تحكيم الغرفة الدولية للتجارة. قبل كـل شـيء، يجـب التذكير هنا، أنه بالنسبة للمرحلة الودية المسبقة يشكل فيها التوفيق الوسيلة الأنسب والأكثر مرونة من أجل تسوية النزاع القائم على التفاهم الودي بين الطـرفين. لأن الإضطرابـات التي يمكن أن تهز المشاريع الإستثمارية، قد تؤدي في النهاية إلى خسائر ماليـة، إذا لـم يتوصل الطرفان إلى تفاهمات ينهيان بواسطتها النزاع. ولهذا الغرض، نعتقد أن التسـوية الودية تشكل الوسيلة المجدية لتسوية النزاعات التعاقدية أو على الأقل تبديد أسباب عـدم التفاهم، من دون أن تكون هناك حاجة إلى اللجوء إلى الوسيلة القضـائية سـواء قضـاء الدولة أو القضاء الخاص (413).

ولهذه الأسباب، نصت المادة 36-1 من البند التعاقدي الذي يـربط بـين شـركة "سونطراك" وشركة "أجيب" الإيطالية، على التوفيق كحل ودي للنزاعات التي قد تقوم بين هاتين الشركتين. يبدأ التوفيق طبقا للبند السالف الذكر، والذي تقوده لجنة برسالة مضمونة الوصول يبعث بها طالب التوفيق إلى الطرف الآخر، في ظرف شهرين إبتداء من نشـأة النزاع. يجب أن يتضمن طلب التوفيق عرضا لإدعاءات طالـب التوفيـق. إن صـياغة الطلب لا يخضع إلى أي شرط شكلي. وغياب الشكلية هنا، يعني شيئا وحيدا، وهو حرص الطرفين على ألا تكون الشكلية سببا في عرقلة التوفيق أو وسيلة تستعمل من قبل الطرف سوء النية لإعاقة المسار الطبيعي لعملية التوفيق، خاصة وأن الهدف من التوفيـق لـيس إيجاد حل مؤسس على القانون المحض، وإنما الوصول بعـد تقيـيم مسـبق لإدعـاءات ومصالح كل طرف إلى حل مرض ومقبول من قبل الطرفين.

من جهة أخرى، تبدأ إجراءات التوفيق في المعنى الدقيق للكلمـة La procédure de conciliation proprement dite خلال ثلاثين يوما، إبتداء من تسلم الرسالة المضمونة الوصول

---

(413) نقصد هنا بالقضاء الخاص التحكيم لأن التحكيم يعرف غالبا على أنه قضاء خاص.

من قبل الطرف الآخر. تمارس التوفيق لجنة تتكون من ثلاثة موفقين معينـين بالطريقـة التالية: كل طرف في التوفيق يعين موفقا له، والموفقان المعينان يعينان بـدورهما موفقـا ثالثا في مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما، إبتداء من تعيينهما من قبـل طرفـي النـزاع. يترأس الموفق الثالث لجنة التوفيق. أما إذا إختلف الموفقان على تعيين الموفق الثالث، أو أن الطرف الآخر لم يعين موفقه، فإنه يجب على الطرف المبادر La partie la plus diligente وفي ظرف ثلاثين يوما،أن يلتمس رئيس المحكمة العليا الجزائرية من أجل تعيين الموفق الرئيس.

أما في حال وجود مانع يحول دون تعيين رئيس المحكمة العليا لهذا الأخير، يتولى نائبه القيام بهذا التعيين. وللتمكن من الإحاطة بكل جوانب النزاع ومعطياته، يمكن لرئيس لجنة التوفيق أن يأمر بإجراء أي تحقيق يراه مناسبا في خصوص أي وقـائع أو بيانـات يريد التأكد من صحتها. كما يمكن له أن يطلب من الطرفين إحظار أي وثيقة والسماع إلى أي شاهد وتعيين أي خبير مع تحديد مهامه وتحديد ميعاد لإيداع تقريره، تنص فقرة (هـ) من نفس المادة على أنه تسري إجراءات التوفيق في الجزائر. الملاحظ هنا، على مستوى الإجراءات، أن الطرفين قد نظماها في كامل جزئياتها. قد أشارا إلى العديد مـن النقـاط، ككيفيات فتح التوفيق وأشكال طلب التوفيق وإجراءات تعيين الموفقين وكـذلك إجـراءات التحقيق وتحديد مكان إجراء التوفيق ... إلخ. إن محرري البنود المتعلقـة بـالتوفيق قـد فصلوا في عملية التوفيق. وبذلك، فهم لم يرغبوا في إجراءات بسيطة وسـريعة وغيـر دقيقة. إلا أن ذكر جزئيات إجرائية مثل تلك التي نصت عليها بنود هذا العقد فـي جميـع فقراته، قد يثقل نوعا ما الإجراءات، لكثرة التفاصيل التي أتيا على ذكرها المتعاقـدان. إن إدراج مثل هذه الشكليات الإجرائية تتناقض في الحقيقة وطبيعة التوفيق الـذي هـو فـي الأساس أسلوب مرن في تسوية النزاعات. نعتقد، أن إجراءات مفصلة مثل هذه، والتـي يطغى عليها الطابع الشكلي قد ينعكس سلبا على روح التوفيق، وعلى السرعة التي تتميز بها عادة إجراءات التوفيق.

وعلى صعيد آخر، نعتقد، أن إختيار الجزائر كمكان لإجراء عملية التوفيـق، هـو إختيار عملي ويتسم بالموضوعية، لأنه ينسجم مع مكان تنفيذ العقد، وهو المكـان الـذي

يحقق فيه وتجري فيه الخبرة، للوصول إلى نتائج تؤدي بالموفق إلى إقتراح حل يرتضيه الطرفان.

تصدر اللجنة بعد دراستها لإدعاءات كل طرف وفحصها للوثـائق المدعمـة لهـا توصيات في مدة لا تتجاوز 120 يوما، إبتداء من تعيين الرئيس. إن مدة 120 يوما تبدو إلى حد ما، معقولة بالقياس إلى المشاكل المطروحة والمعقدة أحيانا، خاصة وهي تتعلـق بمجال حساس ألا وهو المجال البترولي، وبالنظر أيضا، إلـى حجـم العقـد والمصـالح المتضاربة للطرفين. إلا أننا نعتقد، أنه كان بإمكان الطرفين أن يختارا مـدة أقـل وهـي تتراوح غالبا ما بين شهرين إلى ثلاثة أشهر حتى لا تتحول عملية التوفيق إلـى وسـيلة للمناورة قد تقضي على التوفيق وهو ما زال في المهد. من خصوصيات التوفيق في هـذا العقد التأسيسي من جهة أخرى، هو أن التوصيات المنبثقة عن اللجنة يجـب أن تصـدر بالأغلبية وفي حالة التساوي بين الأصوات، فإن صـوت الـرئيس يـرجح علـى بقيـة الأصوات. وعلاوة على هذا الجانب، فإن التوصيات الصادرة عن اللجنة، يجب أن تكون مسببة والموفق الذي يختلف مع زملائه في الرأي، يمكن له إذا أراد، أن يعلن عن عـدم موافقته إليهم. ويمكن إعتبار التوفيق قد نجح، إذا لم يعلن أحد الطرفين إلى الآخر رفضـه للتوصيات خلال عشرين يوما من تبليغها من طرف اللجنة إلى الطرفين. من جانب آخر، إن التوصيات الصادرة عن لجنة التوفيق ليست ملزمة. وهذا يعني، أنه يمكن للطرفين أن يقبلانها كما يمكن أن يرفضانها. ومن ثمة، فلا يمكن بأي حال مـن الأحـوال، تشـبيهها بالقرار التحكيمي أو بالقرار القضائي أو أن يكون لها تأثير على المرحلة اللاحقة للتوفيق، كأن يعتد بها أحد الطرفين لدى المحكم أو القاضي. وبالرغم من كونها كذلك، فإن الطرفين يتعهدان ببذل كل مجهوداتهما للإنصياع لتوصيات اللجنة. وهذا بطبيعة الحال، ينسجم مع الصفة الإختيارية للتوفيق، لأن اللجوء إليه يكون طوعية. وكذلك الشأن، بالنسـبة لتنفيـذ توصيات اللجنة التي تبقى هي أيضا خاضعة للإرادة الحرة للطرفين. فلا تفرض عليهمـا بالقوة عن طريق سلطة خارجية أو بإستعمال وسائل وإجراءات خاصة، تكون شبيهة بتلك التي نجدها في قضاء الدولة أو في التحكيم كلجوء أحد الخصمين إلى محاكم مكان التنفيـذ

وإستعمال التنفيذ الجبري عوضا عن التنفيذ التلقائي. أما إذا لم تنجح محاولات التوفيـق، وذلك بإصرار كل طرف في النزاع على موافقة، يلجأ حينئذ إلى التحكيم.

تنص المادة 36-2 من عقد البحث والإستغلال الجزائري الإيطالي هذا، على أنـه "في حال فشل إجراء التوفيق، فإن النزاعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد الحالي، يمكـن تسويتها بصفة نهائية طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة السارية المفعول من طرف ثلاثة محكمين معينين وفقا لهذه اللائحة". إن القراءة الأولى لهذه المادة، تؤكد لنا أن التحكـيم لا يغطي فقط النزاعات المتعلقة بتفسير العقد، بل وأيضا تلك المتعلقـة بتنفيـذه. أمـا عـن إجراءات التحكيم المطبقة على هذين النوعين من النزاعات اللذين وقـع حصـرهما مـن طرف المتعاقدين، فهي تلك التي تنص عليها المادة 15 من لائحة تحكيم الغرفة، مسألتان يؤكد عليهما هذا البند التعاقدي، الأولى، وهي أن لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة هي التي يجب أن يؤخذ بها في تسوية النزاع. ولكن ليست أي لائحة، إذ يتعلق الأمر باللائحة السارية المفعول. المسألة الثانية، وهي تأكيد البند التعاقدي على أن المحكمـة التحكيميـة الفاصلة في النزاع، يجب أن تكون في شكل هيئة تحكيمية Collège d'arbitres مكونة مـن ثلاثة محكمين. أما عن كيفية تعيين هؤلاء المحكمين، فتحكمها لائحـة تحكـيم الغرفـة، بإعتبارها لائحة التحكيم المؤسساتي المختار. ولكن ماذا يعني أن تسوى النزاعات المتعلقة بتفسير العقد أو بتنفيذه طبقا للائحة الغرفة السارية المفعول؟

نعتقد أن ذلك يعني شيئا وحيدا، وهو أن الهيئة التحكيمية لدى فحصها مثلا لمـدى صحة إجراءات التحكيم المطبقة، يجب أن تراعي في ذلك أحكام لائحة تحكـيم الغرفـة الدولية للتجارة، ليس في حالتها قبل نشوب النزاع، ولكن عند الفصل في النزاع. لأننا كما نعلم، لقد عرفت لائحة تحكيم الغرفة التي دخلت حيز التنفيذ منـذ غـرة جـوان 1955 تعديلات عديدة في 1 جوان 1975 ثم في 1 جانفي 1988. وقد مست هـذه التعـديلات الجانب المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على إجراءات التحكيم. عرفت مـثلا المـادة 15 حاليا (414)، 11 سابقا والتي كانت تنظم إجراءات تحكيم الغرفة تعديلا شمل توطين

(414) جرى تعديل ثان سنة 1988 ولكن هذا التعديل الأخير لم يمس المادة 11 التي شهدت تعديلا وحيدا وكان ذلك سنة 1975 والتي أصبحت تحمل منذ دخول هذا التعديل حيزا التنفيذ في غارة جانفي من نفس السنة رقم 15.

الإجراءات ومن يقوم بتحديدها. فقد أزاحت مثلا هذه المادة في صـياغتها الجديـدة عـن الإجراءات المكان الذي يجرى فيه التحكيم. ثم في خصوص من يتولى تحديـدها، أكـدت على أن عملية تحديد الإجراءات هي موكلة للطرفين، عملا بمبدأ سـلطان الإرادة، فـإلى المحكم في حال سكوت اللائحة بالرجوع أو عدم الرجوع إلى قانون داخلي للإجراءات.

أما في خصوص تعيين المحكمين طبقا للمادة 36-2 من العقد، فقد نصـت هـذه الأخيرة صراحة، على تعيين ثلاثة محكمين تجسيدا لمبدأ حرية الأطراف في تعيين محكم وحيد أو عدة محكمين، والذي كرسته لائحة تحكيم الغرفة. وعلى إثر هذا التعيين، يقـوم مجلس الغرفة بتأكيد هذا التعيين. أما إذا لم يتفق الطرفان علـى تعيـين محكـم إو عـدة محكمين، فإن المجلس يتولى بنفسه القيام بهذا التعيين.

وقد تتشكل المحكمة التحكيمية من محكم وحيد أو ثلاثة محكمـين بحسـب أهميـة القضية. لماذا إختار الطرفان الجزائري والإيطالي ثلاثة محكمين عوض محكـم وحيـد؟ يعتقد بعض الفقهاء، أن إختيار الطرفين لعدة محكمين يعود إلى كون القضايا المعروضـة على المحكم، هي قضايا تنصب على عمليات إستثمارية ضخمة تتعلـق بالتنقيـب عـن البترول ولذلك، فهي تتطلب المشاورة (415). أما عن إختيار المحكمين بصورة حرة مـن قبل الطرفين مثلما تنص عليه لائحة الغرفة، فنجد أن هذه الحرية قد كرسها أيضـا فقـه القضاء. ففي هذا الإطار، يجب التشديد على أن المحاكم ترفض مثلا أن تبطل قـرارا إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية المنتقد هو مطابق لإتفاق التحكيم (416).

أما عن مكان التحكيم واللغة المعتمدة في الإجراءات، فإن المادة 36-3 من العقـد تشير إلى جنيف كمكان للتحكيم. وبما أن الطرفين قد إتفقا على جنيف كمكان للتحكيم، فهو مكان يتسم بالحياد بإعتبار أن التحكيم سوف لن يقع في حال نشوب النزاع على تراب أي أحد من الطرفين. ونعتقد، أنه بالرجوع إلى لائحة تحكيم الغرفة، فإن هـذه الأخيـرة قـد أعطت كامل الحرية للأطراف في أن يختاروا مكانا للتحكيم (417). في الحقيقة، إن إختيار

---

(415) David. R, op cit, p. 329.
(416) Paris, 6 avril 1990, Rev.arb 1990, 880, note De Boisséson.
(417) راجع مادة 14 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة.

مكان التحكيم يثير تساؤلا وهو: هل أن قانون البلد الذي أختير من قبل المتعاقدين يأخذ بعين الإعتبار خصوصيات التحكيم الدولي أم أنه يشبه بصفة مطلقة التحكيم الداخلي بالتحكيم الدولي؟ إن قانون إجراءات مكان التحكيم يلعب دورا هاما في الممارسة العملية، حتى وإن كان المعترف به هو أن إجراءات التحكيم تخضع لمبدأ سلطان الإرادة. فمثلا القانون السويسري وهو قانون مكان التحكيم المختار عادة. إذا إعتبرنا أن قانون الإجراءات هو قانون مكان التحكيم المختار أي القانون السويسري في العقد الحالي، فإن هذا القانون يعتبر أن قانونه المطبق على الإجراءات هو الذي يجب أن يحكم أي تحكيم يقع على التراب السويسري.

ومن ثمة، فإننا نستطيع أن نقول أن إختيار الطرفين صراحة وبصفة مباشرة لجنيف كمكان للتحكيم هو ضمنيا إختيار القانون السويسري كقانون واجب التطبيق على الإجراءات. وهكذا يتضح لنا، أن هناك علاقة شبه مؤكدة بين مكان التحكيم والقانون المطبق على الإجراءات. إلا أن هذه العلاقة ليست دائما ممكنة، لأنه إذا جرى في السابق إختيار مكان التحكيم لربطه بموضوع القانون المطبق على إجراءات التحكيم إلا أن إختيار الأطراف اليوم لمكان التحكيم هو لأسباب تتعلق أكثر بأسباب الراحة والرفاهية من أجل سير عادي للتحكيم، وليس له علاقة إطلاقا بالإجراءات. وهذه النظرة الجديدة لمكان التحكيم هي النظرة التي يدافع عنها اليوم الفقه أيضا **(418).**

أما عن اللغة المختارة للتحكيم، فقد إختار الطرفان الفرنسية وهي لغة العقد. أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فقد إتفق الطرفان على أن يكون القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق "وخاصة قانون 86-14 لـ 19 أوت 1986 والمعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له" **(419)** وهذا الإختيار جاء تطبيقا للمادة 17-1 من لائحة التحكيم التابعة للغرفة الدولية للتجارة التي تكرس مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وهو المبدأ الذي كرسته العديد

---

(418) Derains. Y, Le choix du lieu de l'arbitrage », op cit, p. 116.

(419) المادة 36-3 من العقد.

من لوائح التحكيم الدولية (420) وكذلك القانون الدولي الخاص بـالعقود (421). مـن جهـة أخرى، إن إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق قد يكون صريحا أو ضـمنيا. هنـا بالنسبة للعقد الذي يربط بين شركة "سوناطراك" وشركة "أجيب" الإيطالية، هو إختيار وقع صراحة على القانون الجزائري. وفي خصوص هذا القانون، من المؤكد أنه يجري عـادة التمييز بين القانون بمفهومه الواسع والذي يعني إلى جانب القواعد القانونية العمل القانوني La pratique juridique والقانون بمفهومه الضيق الذي يعني القاعدة القانونية فقط. أما الآن فكلا المصطلحين يستعملان بدون تمييز، وكلاهما في التحكيم التجاري والـدولي الآن يعنيان شيئا واحدا، هو كل القواعد القانونية لنظام قانوني معـين Les normes d'un système juridique donné. وكل مصدر سواء أكان هذا المصدر (فقه قضاء، عرف أو مذهب) يتمتع بالقيمة المعترف له بها من طرف هذا النظام. بالنسـبة للقـانون الجزائـري المختـار، فمصطلح قانون يعني مجموعة القواعد القانونية والمصادر التـي يعتـرف بهـا النظـام القانوني الجزائري طبقا للسلم المحدد من طرف هذا النظام (422). من جهة أخرى، يمكـن إختيار الطرفين للقانون الجزائري لعلاقته بالنزاع وبأحد الطرفين، وإن كان التوجه الحالي في التحكيم الدولي، هو السماح للأطراف بأن يختاروا قانونا محايدا، أي قانونا ليس له أي علاقة لا بالأطراف ولا بالعقد (423). وعلى صعيد آخر، الملاحظ في هذا العقد، هو غياب بند يتعلق بثبات القانون Clause de gel. فهل يجب التمسك في هذه الحالة بالقانون السـاري المفعول وقت نشأة النزاع أو بالقانون الساري المفعول وقت إنعقاد العقد؟ فهذه الوضـعية، كثيرا ما نجدها في عقود الدولة مثل العقد الحالي الذي يربط بـين شـركة "سـوناطراك" وشركة "أجيب" الإيطالية. لأنه غالبا، ما تلجأ الشركة الأجنبية الخاصة عند المفاوضـات إلى طلب حمايتها من السلطة التشريعية للدولة المتعاقدة. ولهذا الغرض، للوصول إلى حل وسط بين السلطة التشريعية التي تمارسها الدولة تحت عنوان السيادة والحماية التي

(420) المادة 33 فقرة 3 من نظام تحكيم "كنودسي" والمادة 29 من نظام التحكيم الدولي الأمريكي.
(421) راجع إتفاقية روما لسنة 1980 حول القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التقاعدية.
(422) راجع المادة 1 من القانون المدني الجزائري.

(423) De Boisséson, op cit, p. 597.

يشترطها المستثمر الأجنبي، فإنه عادة ما يلجأ إلى ما يسمى ببند ثبات القـانون Clause de stabilisation ou d'intangibilité de la loi المطبق على العقد في مضمونه في زمـن محـدد، وغالبا في تاريخ إبرام العقد. ومثل هذا الثبات يشكل في الحقيقة الضمان على أن الحقوق التي يستمدها المستثمر الأجنبي من العقد لا يمكن أن تنتهك بصفة إنفرادية من قبل الدولة المضيفة للإستثمار. أما في حال غياب أي بند لثبات القانون، فإن المحكمين يعتبـرون أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول إبان إبرام العقد (424).

من جهة أخرى، يشير البند التعاقدي إلى أن القانون الواجب التطبيق هو القـانون الجزائري، وخاصة قانون 86-14 لـ 19 أوت 1986 والنصوص التطبيقية له. يـنص هذا القانون في مادته 63 على أنه في حالة نزاع يمكن للطرفين أن يلتمسا مسـبقا لجنـة للتوفيق، هذا الإجراء هو جوازي وليس إجباريا قبل أن يرجعا بالنزاع إلى جهة قضـائية. وهنا، الجهة القضائية المختصة مبدئيا، هي محاكم القانون العام Les juridictions de droits commun وإن كان يستبعد، أن يقبل المستثمر الأجنبي بإختصاص المحاكم الوطنيـة التـي يرى فيها الهيئة المنحازة للدولة. إلا أن هذا لا يمنع الطرفين من إختيار التحكيم كأسـلوب لحل النزاع وقانون 86-14 كقانون واجب التطبيق. ولكن، هل بالرغم من إلتزام الطرفين بتطبيق القانون الوطني على موضوع النزاع، سيأخذ به المحكم لا محالة؟ إن الإجابة لـن تكون إلا إجابية، لأنه في أغلب الحالات، فالمحكمون يحترمون الإرادة المعبر عنها مـن قبل الطرفين، ويلتزمون بتطبيق القانون الذي إختاره الطرفان، وهو ما يؤكده قرار صادر في سنة 1971، عن محكمة تحكيمية تشكلت في ظل الغرفة الدولية للتجارة في قضية رقم 1512 " إن المحكم ليس له سلطة إحلال إختياره الشخصي محل إختيار الأطراف، عندما يكون هنالك إختيار صريح وواضح لا لبس فيه ولا يوجد أي سبب وجيه يمنع قبول مثـل هذا الإختيار" (425). ثم "حتى وإن بدا للمحكمين أن هذا الإختيار هو إختيار "مفاجئ" نوعا

(424) A propos de cette clause, voir en particulier David. N, « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers : question d'un praticien », JDI, 1986, 79, Weil. P, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in Mélanges Rousseau, Paris Pédone 1974, p. 301 et s.
(425) Delaume. G, « L'affaire du plateau des pyramides et le CIRDI, considérations sur le droit applicable », Rev.arb, 1994, 39 spéc, p. 42. Voir aussi la sentence Texaco rendue le 19 janvier 1977, JDI 1977, 350, n° 69 et s, commentaire. Lalive. J.F.

ما. حتى في هذه الحالة، فلا يجوز لهم أن يعيدوا النظر فيه" (426). إلا أنه بالرغم من ذلك كله،، فإن العديد من النظريات، جاءت لتؤكد على أن المحكمين بإمكانهم عـدم الإلتـزام بالقانون المختار من قبل الأطراف، وإن كان هذا القانون قد وقع إختياره بصورة واضحة وصريحة مثلما هو الحال بالنسبة للعقد الحالي، محل الدراسة (427).

يبقى أن نسأل هل بالرغم من إختيار الطرفين للقانون الـوطني، كقـانون واجـب التطبيق على موضوع النزاع بصورة لا لبس فيها، سوف لن يمكـن بعـدها للمحكـم أن يستبعد مثل هذا القانون؟

في الحقيقة، يوجد العديد من الفقهاء ممن يعطون للمحكم سلطة إسـتبعاد القـانون الوطني المختار حتى وإن أختير هذا القانون بكل حرية وبصورة صريحة وواضـحة. إن هذا الإستبعاد قد يأخذ في نظر هؤلاء أشكالا مختلفة. في حالة وجود نقائص في القـانون، ونتكلم هنا عن نظرية Les lacunes de droit أو في حالة تفسير المحكمين أعراف التجـارة الدولية بصفة موسعة، وكذلك في حالة قوانين البوليس Les lois de police. بالنسبة لنظريـة نقص في القانون، نشير فقط هنا إلى القضيتين، قضية شيخ أبوظبي ضد الشركة الأنقليزية Petrolum Developement Ltd وقضية أرامكو Aramco ضد حكومة العربية السـعودية (428). نؤكد فقط، على أن هذه النظرية بشهادة بعض الفقهاء، لم تضمحل بعد حتى مع القـانون الحالي للتحكيم التجاري الـدولي. فبـالرغم مـن أن المحكمـين مـثلا، فـي قضـيتي Petrolum Developement et Aramco يعترفان اليوم بأن قوانين كل من أبـوظبي والعربيـة السعودية، قد عرفا تطورا يسمحان لهما بأن يحكما المسائل المتعلقة بالنزاعات التجاريـة الدولية. ولكن بالرغم من هذا الإعتراف الصريح، فهذين المحكمين لم يغيرا من مواقفهما وما زالا يعتقدان أنه يمكن دائما إستبعاد القانون الوطني المختار من قبـل الأطـراف إذا لوحظ أن هنالك نقائص حقيقية أو مفترضة Lacunes réelles ou supposées في هذا القانون

(426) Sentence n° 1512 (1971), JDI, 1974, 904, obs. Y. Derains.
(427) Sur la question, voir Pommier. JC, « La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : Le rôle de l'arbitre », JDI, 1992.5.
(428) Voir sur ces deux affaires, Zahi. A, « L'Etat et l'arbitrage », op cit, p. 206 et s.

للبحث عن حل للنزاع في مصادر أخرى (429). بينما جانب آخر من الفقهاء، وحتى فقه القضاء التحكيمي، فيرى أنه حتى وإن وجدت هناك نقائص في القانون الوطني المختار (430)، فإنه يمكن إستدراك هذه النقائص بالرجوع إلى الإستدلال القياسي Le raisonnement par analogie وإلى المبادئ العامة المكرسة من طرف النظام القانوني الوطني وأن يقع الإقتصار فقط على هذه المبادئ حتى يمكن إيجاد حل للنزاع (431). من جهة أخرى، هل يمكن للمحكمة التحكيمية إذا وجدت أن القانون الجزائري ناقصا أن تكمله وحتى أن تعمل على تصحيحه، بالرجوع مثلا، إلى أعراف التجارة الدولية؟ نشير فقط قبل الإجابة عن هذا السؤال، إلى أن "أعراف التجارة الدولية "لا تعني فقط الممارسات Les pratiques المألوفة في قطاع معين، ولكن أيضا تلك القواعد المشتركة التي تستمد قوتها الإلزامية من الملاحظة الدقيقة للقانون المقارن والإتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية ومن المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية (432).

في الواقع، إن اللجوء إلى أعراف التجارة الدولية سواء لتكملة أو لتصحيح القانون الوطني هو غير مستبعد، خاصة وأن إرادة الطرفين قد إتجهت من أول وهلة إلى إختيـار لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة، كمرجع لتسوية النزاع القائم بينهما، والتي تضع فـي مادتها 17 فقرة 2 على عاتق الهيئة التحكيمية إمكانية الرجـوع إلـى أعـراف التجـارة الملائمة Les usages du commerce pertinents، مهما تكن الحالة التي يكون عليهـا القـانون الوطني، ناقصا أو غير ناقص، وإن كان أحد من الفقهاء الجزائريين من يرى أن العمـل بأعراف التجارة الملائمة تبقى فرضية مستبعدة (433). إلا أن هذا الرأي قد يلتقي مع موقف فقه القضاء التحكيمي. ففي قرار صادر في 30 أفريل 1982 تحت رعاية الغرفة الدولية

---

(429) in Law and Practice of international commercial Arbitration, 1994, p. 103, cite par Fouchard. Ph, Gaillard. E, et Goldman. B, op cit, p. 223.
(430) Sur des lacunes dans les systèmes juridiques, voir Mayer. P, la distinction entre règles et décisions et le droit international privé. Dalloz, 1973, n° 102 et s. Gaillard. E, observations sous sentence rendue par CIRDI le 31 mai 1990 dans affaire Amco, JDI, 1991, 173, spéc, p. 183.
(431) Gaillard. E, « Trente ans de lex mercatoria, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI, 1995. 5, spéc, p. 12 et s.
(432) Loquin. E, « La réalité des usages du commerce international », Rev.Int. Dr Eco, 1989 163 et du même auteur « L'application des règles internationales dans l'arbitrage commercial international », in l'apport de la jurisprudence arbitrale, publication CCI, n° 440-1, 1986, p. 67 et s.
(433) Terki. N, in « Entreprise algérienne et la négociation … » op cit, p 81.

للتجارة في القضية المعروفة بقضية Framatone وشركات فرنسية أخرى ضد Atomic Energy Organisation of Iran وبالرغم من أن القانون الواجب التطبيق في هذه القضية، هو القانون الوطني الإيراني، فقد إستندت المحكمة التحكيمية إلى المبادئ العامة للقانون "المكرسة من قبل أعراف التجارة الدولية والقانون الدولي" حتى وإن كانت هذه المبادئ هي مدمجة أصلا في القانون الإيراني وقضت بعدم التقيد حرفيا بالقانون المختار من قبل الأطراف المتنازعة (434).

على صعيد آخر، يمكن للمحكم أن يأخذ بقواعد تابعة لنظام قانوني آخر غير الذي أختبر من قبل الطرفين ليحكم النزاع على أساس نظرية قوانين البوليس (435). تعرف عادة قوانين البوليس وتسمى أيضا "القوانين ذات التطبيق الفوري" Lois d'application immédiate أو "القوانين ذات التطبيق الضروري" Lois d'application nécessaire من وجهة نظر وظيفية بحتة، على أنها تلك القوانين التي قد لا تحقق الهدف الذي رسمته، إذا لم تكن مطبقة على عدد معين من الوضعيات التي تحددها هي. ولكن من جهة أخرى، يعتقد بعض الفقهاء أنه يجب على المحكمين أن يطبقوا قوانين البوليس التابعة للنظام القانوني المختار من قبل الأطراف، بشرط ألا تكون هذه الأخيرة مخالفة للنظام العام الدولي (436). إلا أنه في الحقيقة، يبقى موضوع تطبيق قوانين البوليس من طرف المحكم محل جدل فقهي عميق بين مؤيد ومعارض لهذا التطبيق (437). وحتى فقه القضاء التحكيمي للغرفة الدولية للتجارة فهو مقسم بين قبول تطبيق قوانين البوليس التي ليست تابعة للقانون المختار من قبل الطرفين (438) ورفض تطبيق هذه القوانين بإعتبارها قوانين أجنبية على القانون المختار (439).

---

(434) Sentence rendue par MMP. Lalive, président, B. Goldman et J. Robert arbitres, JDI 1984. 37 et le commentaire de B. Oppetit, pour un autre exp, voir la sentence rendue sous l'égide de la CCI le 16 février 1983 dans l'affaire SPP, Rev.Arb, 1986. 105 spéc, p. 115 et ultérieurement annulée par les juridictions françaises sur un autre fondement.

(435) Sur les lois de police, voir spéc. Mayer. P « Lois de police étrangères », JDI, 1981. 277, pour une définition matérielle des lois de police, voir, Ph. Francescakiz, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », Rev.Crit. DIP, 1966, p. 16 et s.

(436) Derains. Y, « Les normes d'application immédiate dans la juriprudence arbitrale internationale », in Etudes Goldman, 1987, p. 29 et s, spéc, p. 37.

(437) En faveur de l'application des lois de police par l'arbitre, voir spéc Mayer. P, « Les lois de police étrangères », JDI, 1981, 277 et du même auteur, « Les lois de police », trav. Com. fr. DIP, journée du cinquantenaire, 1988. 105.

(438) Voir par exemple la sentence CCI n° 6320 (1992), JDI, 1995. 986, spéc, p. 989.

(439) Voir affaire Yearbook, 1992. 212, Rev.dr.com.belge, 1993. 1146.

إلا أنه ومهما إختلفت الأطروحات حول القانون الواجب التطبيق، فالذي يجب أن نلفت إليه الإنتباه هو أن جل العقود الإستثمارية التي أبرمتها الدولة من خلال مؤسساتها العموميـة، تحيل بالنسبة لتسوية النزاع المتعلق بالإستثمار إلى إجراءات الغرفة الدولية للتجارة. ومن أجل ذلك، كان علينا أن نستعرض أهم ما جاء في خصوص هذه الإجراءات التي دخلـت حيز التنفيذ إبتداء من غرة جانفي 1988.

المبحث الثاني: إجراءات التوفيق والتحكيم طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة

تبدأ إجراءات التسوية طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة بمرحلة مسـبقة، تسـمى مرحلة التوفيق (المطلب الأول) ثم تلي هذه المرحلة، مرحلة أخرى وهي مرحلة التحكـيم بمختلف محطاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التوفيق

الملاحظة الأولى هي أنه يشترط في التوفيق أن يكون منصبا على نزاع تجـاري ذي طابع دولي (440). أما من حيث المكلف بالتوفيق، فإذا كان في السابق تتـولى مهمـة التوفيق لجنة ثلاثية، فإنه طبقا للائحة الحالية لسنة 1988 يقوم بعملية التوفيق موفق وحيد تعينه الغرفة الدولية للتجارة إلى جانب كونه يجب أن يتصف في عمله بالحياد والإنصاف والعدالة (441). أما في خصوص الإجراءات المتبعة في التوفيق، فتبـدأ بتقـديم المـدعي لمطلب في التوفيق لدى أمانة مجلس غرفة التجارة الدولية (442). يمكن للمدعي تقديم هـذا المطلب سواء بطريقة مباشرة لدى مكتب الأمانة أو بطريقة غير مباشرة عن طريق اللجنة الوطنية للغرفة، الواقعة في بلد الطالب إن وجدت. حاليا، يمكن للطرف الجزائري الـذي يكون طالبا في التوفيق، أن يقدم مطلبا في التوفيق عن طريق اللجنة الوطنية التـي تتبـع الغرفة والتي أنشئت في سنة 2000 كما ذكرنا.

---

(440) مادة 1 من لائحة التوفيق للغرفة الدولية للتجارة والتي دخلت حيز التنفيذ في غـرة جـانفي سـنة 1988. عـن منشورات الغرفة، أوت 1997.

(441) مادة 5 من نفس اللائحة، نفس المرجع، ص. 47.

(442) مادة 2، نفس المرجع، ص. 46.

يجب أن يتضمن هذا المطلب المرفوع لدى الأمانة على عرض موجز لـدفوعات المدعي، مرفوقا بكل الوثائق التي تدعم إدعاءاته، إلى جانب دفعه لجميع معاليم إجراءات التوفيق الواجبة. يأخذ المطلب شكل عريضة. وعلى إثر قبول هذه العريضة، تقوم أمانـة المجلس بالإتصال بالطرف الآخر سواء مباشرة أو عن طريق لجنته الوطنيـة لإعلامـه بمحتوى العريضة في أقرب وقت ممكن. وبعد تسلم المـدعى عليـه العريضـة وقبولـه بالتوفيق يجب عليه أن يخبر أمانة المجلس بهذا القبول في أجل محدد وهـو 15 يومـا، لأنه في غياب أي رد أو في حال عدم قبوله بالتوفيق في الأجل المعين، فإن مطلب التوفيق يعد مرفوضا من قبل الأمانة (443).

أما من حيث محتوى هذا القبول، فإنه يجب أن يتضمن رأيا للمدعى عليه مرفوقـا بجميع المستندات المتعلقة بالنزاع. وبناء على هذا الرد، يقوم الموفق بدراسة الملف كمـا يتلقى جميع المعلومات ذات الصلة بالنزاع. يمكن للموفق من جهـة أخـرى، أن يتصـل بطرفي النزاع مباشرة أو عن طريق لجانهما الوطنية، كما يمكن أن يسـتمع إليهمـا وأن يطلب منهما أي معلومة إضافية يراها ضرورية، كما يمكن للطرفين وهما يكونان قد قدما بعد كل دفوعاتهما ومستنداتهما إلى الموفق، أن يستعينا بـأي محـام يختارانـه بمحـض إرادتهما (444).

لم تمنح لائحة التوفيق الحالية لسنة 1988 أي مهلة للموفـق، مـن أجـل تقـديم إقتراحات للطرفين، تكون بمثابة صيغة للتوفيق ينهي على أساسها النزاع خلافـا للـوائح السابقة. والغرض من هذا السهو المتعمد في نظرنا، هو منح الموفق حريـة أكبـر فـي مباشرته لعمله وإضفاء نوع من المرونة عليه. إلا أن اللائحة تصر بالمقابل، على أن يقوم الموفق بعمله بكل سرية وعلى كل شخص يشارك فـي هـذا العمـل أن يحتـرم هـذه السرية (445).

---

(443) مادة 3 فقرة 2 من لائحة التوفيق.
(444) مادة 5 فقرة أخيرة من اللائحة.
(445) مادة 6 من اللائحة.

يمكن أن تنتهي عملية التوفيق إما بقبول الطرفين لنتائج التوفيق. وهذا القبول يجب أن يأخذ شكل إتفاق يمضى من قبل طرفي النزاع. ويجب أن يبقى سريا، إلا إذا إقتضى تنفيذه غير ذلك (446)، أو بإعلان الموفق أن محاولة التوفيق لم تصل إلى نهاية سعيدة، وفي هذه الحالة، فعلى الموفق أن يحرر محضرا في ذلك. كما يمكن أن يوضع حد لعملية التوفيق في حالة تبليغ أحد الطرفين الموفق عن نيته في عدم مواصلته محاولة التوفيق هذه. ولكن في جميع الحالات، إذا ما وصل التوفيق إلى طريق مسدود فلن يبقى لطرفي النزاع إلا حل وحيد ألا وهو اللجوء إلى التحكيم. ولكن حتى في مثل هذه الظروف، فيشترط أن يكون الطرفان مرتبطين بإتفاقية للتحكيم.

يبقى أن نشير إلى أنه يمنع على طرفي النزاع إستعمال أي رأي أو إقتراح أو حل أو مشروع حل يكون قد صرح به أو أستعرض أثناء محاولة التوفيق "كعنصر إثبات" في إجراءات قضائية أو تحكيمية تباشر فيما بعد. (447).

المطلب الثاني: التحكيم

يمر تحكيم الغرفة من المراحل بدءا من مباشرة التحكيم ومرورا بسير إجراءات التحكيم ثم إنتهاء بالقرار التحكيمي.

بالنسبة لكل هذه المراحل فقد نظمت لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة بشكل مفصل كيفية تقديم مطلب التحكيم ومحتواه وهو المطلب الذي يأخذ عادة شكل عريضة إلى جانب تنظيمها للآثار المترتبة عن هذا المطلب. كما رضعت لائحة التحكيم من جهة أخرى، القواعد التي تحكم كيفية تشكيل المحكمة التحكيمية ورد أعضائها إلى جانب القواعد التي تحدد كيفية سير الإجراءات أمامها وإنتهاء بالقرار التحكيمي الذي يصدر عنها.

عن عريضة التحكيم التي على أساسها يشرع طالب التحكيم في مباشرة التحكيم تنص المادة 3 من لائحة تحكيم الغرفة على أن من يريد مباشرة التحكيم لديها، عليه أن

---

(446) مادة 7-أ من اللائحة.

(447) مادة 11 من اللائحة.

يلتمس أمانة مجلس التحكيم مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بواسطة لجنته الوطنيـة (448). ويعد تاريخ قبول العريضة من قبل أمانة مجلس التحكيم بداية الشـروع فـي إجـراءات التحكيم. يجب أن يحتوى مطلب مباشرة التحكيم على العناصر التالية: إسم ولقب وصـفة وعنواني الطرفين وعرض لإدعاءات الطرف المدعي في التحكيم وكذلك إتفاقية التحكيم، وكل وثيقة أو معلومة من شأنها أن تلقي الضوء على ظروف القضية، وكل إشارة مفيـدة تتعلق بالمحكمين وبإختيارهم.

بعد تلقيها العريضة من المدعي في التحكيم تنقل أمانة المجلس نسـخة مـن هـذه العريضة وكل الوثائق الملحقة بها إلى المدعى عليه في التحكيم. ثم علـى هـذا الأخيـر وطبقا للمادة 5 من لائحة الغرفة، أن يجيب عن المقترحات المعروضة عليه والتي تتعلق أصلا بعدد المحكمين في أجل لا يتعدى ثلاثين يوما إبتداء من تسلمه العريضة.

يجب عليه أيضا أن يقدم وسائل دفاعه وكل الوثائق المدعمـة لهـا فـي الآجـال المحددة. ما عدا ذلك، يمكن له أن يطلب مهلة إضافية لتقـديم دفوعاتـه ولكـن بصـفة إستثنائية. وفي هذه الحالة، فإن طلب مهلة جديدة يكون خاضعا لشروط جد مقيـدة. مـن جهة أخرى، إذا طلب المدعى عليه في التحكيم مهلة إضافية فيجب أن يرفق طلبـه هـذا برده على المقترحات التي جاءت في طلب المدعى والتي تتعلق عادة بعـدد المحكمـين وبتعيينهم. أما في غياب أي رد من قبل المدعى عليه في التحكيم تلتمس الأمانـة عندئـذ "المجلس التحكيمي" (449) الذي يقوم بوضع إجراءات التحكيم حيز التطبيق. تولى لائحـة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة عناية خاصة للآثار التي تترتب عن إدماج الشرط التحكيمي La clause arbitrale للغرفة في عقد إستثمار دولي. وعلى صعيد آخر، فإن عدم مشاركة أحد

---

(448) الملاحظ أنه بالنسبة للبلدان التي لا تملك لجنة وطنية فإن إلتماس مجلس التحكيم يكون مباشرة. بالنسبة للجزائـر التي أصبحت لها لجنة وطنية تابعة للغرفة الدولية للتجارة فإن طالب التحكيم الوطني يمكـن لـه أن يلـتمس المجلـس بواسطة هذه اللجنة.

(449) خلافا لما يمكن أن يستنتج من هذه التسمية فإن المادة 1 من لائحة تحكيم الغرفة تنص على أن للمجلـس "مهمـة إيجاد ... الحل التحكيمي للنزاعات التي لها الصفة الدولية والتي تدخل في مجال الأعمال"، بينما المجلس يعمـل علـى "السهر" و"الإدارة". وبمعنى آخر تنظيم العمليات التحكيمية فقط.

Pour plus d'information, voir "L'arbitrage de la chambre de commerce internationale », in Annales de la faculté de droit de Liège, 1964, pp. 105-106, Chambre de commerce internationale, Réper de dr int, Dalloz, Paris, 1968, 1 n° 23, p. 291.

الطرفين في التحكيم بعد قبوله له، لا يمكن أن يشل في أي حال من الأحـوال إجـراءات التحكيم. وإذا أثار أحد الخصمين دفعا أو عدة دفوع تتعلق بوجود أو بصـلاحية إتفاقيـة التحكيم، فإن المجلس يمكن له – وقبل الخوض في الموضوع – Prima Facie وإذا لاحظ أن إتفاقية التحكيم موجودة فعلا، أن يقرر إجراء التحكيم بقطع النظر عن مسألة قبول أو عدم قبول دعوى التحكيم من قبل الطرف الآخر أو وجاهة الوسائل المثارة، مـع حفـظ حـق المحكمة التحكيمية في أن تقرر ما إذا هي مختصة بالنظر في النزاع أم لا. وهو ما يعرف عموما "بمبدأ إختصاص الإختصـاص" Principe de la compétence – compétence. تكـرس المادة 8 فقرة 4 من لائحة الغرفة ما يعرف بالإستقلالية القانونية للشرط التحكيمي. مـن جهة أخرى، إن إدعاء أحد الطرفين ببطلان العقد أو بعدم وجوده أصلا لا يؤدي إلى عدم إختصاص المحكمة التحكيمية الذي يبقى قائما حتى في عدم وجود العقد وبطلانه، للنظـر في الحقوق التي يتمتع بها الطرفان.

يكلف المجلس بتشكيل المحكمة التحكيمية وذلك بعد التعيين أو إقـرار المحكمـين المعينين، إلا إذا قام الخصمان بذلك آخذين في عين الإعتبار جنسية كل محكـم وانتمائـه (450). وكذلك مكان إقامته بالنظر إلى البلاد الذي ينتمي إليه الطرفان في النزاع. إن الهدف من إشتراط كل هذه العناصر بالنسبة لتشكيل المحكمة التحكيمية، هو تفـادي أن يصـبح المحكم محل خلاف بين الطرفين. ومهما يكن من أمر، فإن المحكمة التحكيمية يمكـن أن تكون مشكلة من محكم وحيد أو عدة محكمين إلا إذا إتفق الطرفان على أن يعرض النزاع على محكم وحيد فإنه في هذه الحالة، هذا الأخير يمكن أن يعين من قبل الطرفين على أن يقع إقراره فيما بعد من طرف المجلس. أما في غياب أي إتفاق بين الطرفين على إختيار المحكم الوحيد خلال ثلاثين يوما من تبليغ عريضة التحكيم إلى الطرف الآخر، يقوم أنذاك المجلس من تلقاء نفسه بتعيين المحكم الوحيد.

(450) بالنسبة لمصطلح "الإنتماء" يجب النظر إليه في رأي بعض الفقهاء على أنـه يقصـد بـه الانتمـاء الـديني أو الايديولوجي (و إن كانت الإيديولوجيا لم يعد لها في نظرنا محل من الإعراب بعد انهيار القطب الشـيوعي). الشـيء الذي قد يؤثر في إمكانية تسوية النزاع عندما يكون الطرفان ينتميان إلى "دوائر" متناقضة سواء مـن زاويـة الـدين أو الإيديلوجيا.
Voir dans ce sens, Tandeau de Marsac. X, in « Les techniques de l'arbitrage commercial », Séminaire de la CCI 27-30 janvier 1980, Mabun (Liéchtenstein), p. 19.

أما إذا قرر الطرفان أن يفصل النزاع من طرف هيئة تحكيمية تكون مشكلة مـن ثلاثـة محكمين، فإن كل طرف يقوم بتعيين محكم له يكون "مستقلا" (451) على أن يتم إقراره في مرحلة لاحقة من طرف المجلس. أما المحكم الثالث والذي يحتل منصب رئـيس للهيئـة التحكيمية، فإنه يعين مبدئيا من طرف المجلس، إلا إذا إتفق الخصمان خلاف ذلك. بمعنى آخر، إلا إذا إتفق الطرفان على أن يكون المحكم الثالث معينا من قبل المحكمـين اللـذين سبق وأن أختيرا من قبل. في هذه الحالة، لن يبقى للمجلس إلا تأكيد مثل هذا الإختيار. أما إذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين، فإن المجلس يصبح عندئذ مؤهلا ليقرر مـا إذا كان النزاع يستوجب محكما وحيدا أو عدة محكمين. في هذه الحالة، فإن علـى الطـرفين وفي مدة لا تتجاوز خمسة عشرة يوما أن يقدما على تعيين المحكمين أو المحكم الوحيـد الذي وقع الإتفاق عليه. من جهة أخرى، ولضمان حياد أكبر للمحكم، تسعى اللائحة على أن يكون المحكم أو المحكمين المختارين من بلد آخر غير البلد الذي ينتمـي إليـه أحـد الطرفين. غير أنه، إذا إقتضت الضرورة، ولم تصدر عن أحد الطرفين أي معارضة، فإنه يمكن أن يكون أحد المحكمين من البلد الذي ينتمي إليه أحد الطرفين في النزاع.

تجدر الإشارة إلى أنه عندما يقرر المجلس تعيين محكم في مكان الطرف المتقاعس عن التعيين، فإنه يجب عليه في هذه الحالة أن يطلب من اللجنة الوطنية التي ينتمي إليهـا الطرف المتقاعس أن تقترح عليه محكما. إما إذا لم يكن للبلد الذي ينتمي إليـه الطـرف المتخاف عن التعيين لجنة وطنية، فإنه يصبح المجلس حرا في إختيار أي شـخص يـراه مؤهلا لأن يكون محكما. الملاحظ في هذا المقام، هو غياب أي إشارة من طرف اللائحـة إلى تأهيل المحكمين La qualification des arbitres. وإن كان في الواقع يختار هؤلاء من بين رجال القانون الأكفاء والمنشغلين غالبا بالقضايا الدولية ومن الممارسين للقـانون مثـل: المحامون والجامعيون والقضاة وحتى الدبلوماسيون. وعلى صعيد آخر، يمكـن للمحكـم العضو في الهيئة التحكيمية أن يكون موضع رد من قبل أحد الطرفين طبقـا لإجـراءات محددة.

---

(451) Sur l'indépendance de l'arbitre, voir Eiseman. F : « La double sanction prévue par la convention BIRD en cas de collusions ou d'ententes similaires entre arbitre et la partie qui l'a désigné », in AFDI, 1977, p 439.

الملاحظ في خصوص هذه النقطة بالذات، أن المادة 2 فقرة 7 التي تنظم إجراءات الرد جاءت مقتصبة. تبدأ إجراءات الرد طبقا لهذه المادة، بمطلب يرفعه أحـد الطـرفين المتنازعين إلى المجلس التحكيمي للنظر فيه. أما ما يثار من أسباب أمامه، فإن ذلك يرجع إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها والتي تعطيه الحق في أن يقبلها أو يرفضها. ونعتقـد أن مرد ذلك هو أن الأسباب التي يدفع بها الخصم هي أسباب تتعلـق بعناصـر ماديـة، وبالتالي فهي تدخل كما قلنا ضمن السلطة التقديرية للمجلس. ثم هي متشعبة فـي الواقـع ويصعب حصرها وإن كانت في الغالب تدور حول عدم حياد المحكم أو عدم إسـتقلاليته بعد رفع مطلب الرد والنظر في الأسباب المعروضة على المجلس، فإذا تأكد لهذا الأخير، أن الأسباب هي وجيهة، جاز له أن يصدر قرارا برد المحكم المستهدف. عندئذ، تسـحب من المحكم المردود كامل الوظائف التي كانت منوطة به ويقع إستبداله بمحكم آخر.

ولكن جرى أن الإستبدال لا يقوم على أساس الرد للأسباب التي ذكرناهـا ولكـن أيضا لحالات خاصة هي منصوص عليها في المادة 8 فقرة 2 من لائحة تحكـيم الغرفـة الدولية للتجارة. وهذه الحالات هي حالات محددة، كحالة الوفاة أو المانع أو عندما لا يقوم المحكم بمهمته طبقا للائحة، كالإنحياز المفضوح أو الإهمال الخطير أو غياب الإستقلالية، وكذلك عدم إنجاز مهمته في الآجال المحددة. بمعنى آخر، أن يسجل عليـه تـأخر غيـر مقبول في الإنجاز، وإذا كان عدم قيامه لواجباته يدخل في إطار الحالات المذكورة آنفـا، فإنه يعوض بمحكم آخر، طبقا لنفس الإجراءات المطبقة عند التعيين لأول مرة.

بعدما تعرفنا على كيفية مباشرة التحكيم وعلى تشكيل المحكمـة التحكيميـة طبقـا للائحة الغرفة، يدخل الآن تحكيم الغرفة الدولية للتجارة مرحلـة جديـدة هـي المرحلـة الإجرائية.

تنص المادة 18 من لائحة الغرفة أنه قبل التحقيق في النزاع، يعد المحكـم وفقـا للأوراق التي بين يديه وبحضور الطرفين المتنازعين محررا يحدد فيه مهمته. يمضى هذا المحرر يعدها من قبل طرفي النزاع ومن قبل المحكم أو المحكمين المختارين. إذا رفض أحد الطرفين التوقيع على المحرر محتجا في ذلك بعدم وجود أو عدم صـلاحية الشـرط التحكيمي، Pour non existence ou non validité de la clause arbitrale فإن علـى المحكـم أن

يعلم المجلس بذلك. يمنح هذا الأخير الطرف الرافض للإمضاء مهلة محددة للتراجع عن رفضه. فإذا لم يستجب، تستمر إجراءات التحكيم لا محالة بالرغم من هذا الرفض. يبقى أن نشير من جهة أخرى، إلى أنه يجب أن تحتوي وثيقة المهمة على بيانات هامة. ومن بين هذه البيانات، تحديد مقر التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، ثم بمجرد الإنتهاء من إعداد وثيقة المهمة، يشرع المحكم في التحقيق في النزاع. يتمتع المحكم في إطار الإجراءات التي يقوم بها، بصلاحيات واسعة وهي تتسم خاصة بطابعها "التحقيقي" Par son aspect inquisitoire. على صعيد آخر، من أجل تسوية النزاع، فإن المحكم مدعو إلى تطبيق القانون المختار على التحكيم من قبل الطرفين. في هذا الإطار، يجب التمييز بين نوعين من القانون، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (452).

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، أغلب العقود التي إطلعنا عليها تشير في تطبيقها لهذا القانون، إلى لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة. تنص المادة 15 من هذه اللائحة على أن "القواعد المطبقة على الإجراءات أمام المحكم هي تلك تطبق وفقا لهذه اللائحة. وفي سكوت هذه الأخيرة، تلك التي يحددها الأطراف أو المحكم بالرجوع أولا إلى قانون داخلي للإجراءات يكون قابلا للتطبيق على التحكيم".

إن المبدأ طبقا لهذه المادة هو تحديد الطرفين وبكل حرية للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات عند سكوت اللائحة. أما إستثناء، وفي غياب أي إختيار للطرفين، فإنه يصبح من حق المحكم أن يخضع الإجراءات إلى قانون وطني يختاره أو إلى قانون بلد مكان التحكيم و إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها أحد طرفي العقد، الشركة الوطنية أو الشركة الأجنبية المتعاقدة. أما إذا طبق المحكم المبدأ القانوني العام الذي مفاده أن "الذي يختار المحكمة يختار القانون" Qui éligit judicem éligit jus، فإنه سيصل بالضرورة إلى

---

(452) Le principe a été clairement posé par la Cour d'appel de Paris dans deux arrêts Diefenbacher du 18 juin 1974, Rev.Arb, 1975. 179 note Robert. J.

تطبيق قانون مكان التحكيم على الإجراءات (453). وإذا رجعنا إلى العقود الإستثمارية التي أبرمتها الشركات الوطنية مع الشركات الأجنبية فنجد أنها غالبا ما يقع إختيار "جنيف" كمكان للتحكيم. إن إختيار مثل هذا الحل يبدو في نظرنا غير واقعي لعدم وجود أي صلة بين هذا القانون من جهة والنزاع من جهة أخرى. نعتقد أن مكان التحكيم لا يمكن أن تكون له أية أهمية Il est sans importance لأنه كثيرا ما يقع إختياره – مثلما أوضحنا في السابق – لأسباب تتعلق بظروف الإقامة وبتسهيلات الإتصال وحتى بأذواق وميولات المتعاقدين ...إلخ). وبعبارة أخرى، إن مكان التحكيم لا يعكس دائما التوطين الحقيقي والموضوعي للتحكيم بسبب عدم إنسجامه مع ظروف القضية المعروضة على الهيئة التحكيمية للفصل فيها. ومن ثمة، فنحن نعتقد أن تطبيق قانون الإجراءات المدنية بصفته قانون الطرف الوطني المتعاقد هو الأكثر ملائمة مقارنة بقانون مقر التحكيم وذلك لأسباب عديدة.

منها أولا: أن العديد من العقود التي إطلعنا عليها، قد إختارت بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع القانون الداخلي الجزائري (454). وفي هذا الإطار، فإننا نعتقد أن إرادة الطرفين قد إتجهت بصورة ضمنية إلى إختيار القانون الجزائري كقانون نطبق على الإجراءات. وإن كان بعضا من الفقهاء، من يرون أن القوانين المطبقة على الإجراءات هي قوانين مستقلة قد لا تلتقي مع القانون الداخلي الجزائري بصفته القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وبعبارة، يمكن أن نكون أمام تجزئة بين القانونين Un dépeçage entre les deux lois. إلى جانب أن القانون الجزائري يمكن أن يحمل نقائص إذا ما طبق على الإجراءات.

---

(453) إن فقه القضاء التحكيمي هنا مقسم بين تطبيق قانون التحكيم وقانون الإرادة. فمثلا إنتهى القرار الصادر في قضية **Aramco** إلى عدم إمكانية تطبيق القانون السويسري للإجراءات لأنه حسب هذا القرار فهو يخلو من أي صلة بالعقد ولكون أحد الطرفين هو دولة ذات سيادة الشيء الذي يتطلب معه تطبيق قانون الشعوب **Droit des gens** على جراءات التحكيم. بينما قرار آخر صدر في قضية **Saphire**، فإنه يبرر تطبيق **La loi vaudoise** على الإجراءات بالنظر إلى مبدأ إحترام إرادة الطرفين اللذان إختارا "لوزان" كمكان لإجتماع المحكمة. **(Voir, Rev.Crit, DIP, 1963, p. 305).**

(454) وعلى العكس من ذلك، يمكن الأخذ بقانون مقر التحكيم إذا كانت تربط بين هذا القانون والنزاع علاقة وثيقة وحقيقية. بالنسبة للجزائر، لن يكون ذلك ممكنا في نظرنا إلا إذا كان المقر التحكيمي في الجزائر مثلما شاهدناه مع اللائحة الجزائرية الفرنسية.

ثانيا: لا أحد ينكر أيضا ما للقانون الجزائري كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من قيمة في حد ذاته، لما لهذا القانون من علاقة مباشرة بالعقد وبالنزاع. لأنه في الجزائر أين ينفذ العقد الإستثماري والجزائر بصفتها البلد المضيف للإستثمار فهي المعنية قانونيـا وإقتصاديا بالنزاع (455). إلا أننا لا يجب أن ننكر أيضا، أنه إذا رجعنا إلى المادة 15 مـن لائحة الغرفة الدولية للتجارة، فنجد أن تطبيق القانون الداخلي على إجراءات التحكـيم لا يمكن أن يكون إلا بصفته القانون المكمل وليس بصفته القانون الرئيسي. بما أنه لا يلجـأ إليه إلا في حال سكوت اللائحة، أي عند وجود فراغ. لأن المحكم هو أيضا حر فـي أن يأخذ أو ألا يأخذ بهذا القانون في حالة السكوت. ومن هنا، تستشف فـي الحقيقـة نزعـة التدويل لدى اللائحة على هذا المستوى.

ولكن ماذا لو تعرضنا الآن إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حتى نرى ما هو موقف اللائحة من ذلك. فيما يتعلق بهذا الجانب بالذات، نلاحـظ أن أغلـب البنود التحكيمية المدرجة في عقود الإستثمار المبرمة بين الشركات الوطنية والشـركات الأجانب، وأذكر هنا على سبيل المثال شركة سوناطراك، هي منصبة بالدرجة الأولى على القانون الجزائري بإعتباره القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (456). من جهـة أخرى، بعض من هذه العقود تؤكد على أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الساري المفعول في تاريخ التوقيع على العقد، وليس القانون الساري المفعـول وقت نشأة النزاع. وقد يقصد بهذا التحديد حماية الشركة الأجنبية من النتـائج التـي قـد تترتب عن تغيير مفـاجئ للتشـريع الـوطني أو مـا يسـمى "بالمخـاطر التشـريعية" Les aléas législatifs.

في الحقيقة، إن إختيار الطرفين للقانون الجزائري، يأتي تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون "الذي على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع" مثلما تنص عليه المادة 17 فقرة 1 من اللائحة. ولكن الفقرة 2 من نفس المادة تضيف أنه" على المحكمين، وفـي جميع الحالات، أن يأخذوا في عين الإعتبار بنود العقد وأعراف التجارة الملائمة".

(455) Voir par exemple la sentence CCI n ° 2272 (1975), Yearbook, 1977, 151.

(456) أنظر على سبيل المثال مادة 31-2 من القانون الأساسي للشركة المختلطة الجزائرية الأنقليزية السابق ذكرها.

بالنسبة لأعراف التجارة وكما هو معلوم اليوم، فقد أصبحت تشـكل بـإعتراف الفقهـاء والممارسين للتجارة مجموعة قواعد موجودة في مختلف النشاطات الإقتصادية الدوليـة. وكمجموعة من القواعد المتماسكة والقديمـة فهـي تتعـدى الحـدود الضـيقة للقـوانين الوطنية (457).

من جهة أخرى، تنص المادة 17 فقرة 3 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجـارة على أنه بإمكان المحكمين أن يفصلوا في النزاع بصفتهم محكمين مفوضين في الصـلح. تجدر الإشارة، إلى أنه جرى في السابق إدراج مثل هذه المادة التي أصبحت بندا نموذجيا في العقود المبرمة بين شركة سونطراك وشركائها الأجانب. نذكر على سبيل المثال، العقد البترولي الذي كان قد أبرم بين شركة سونطراك والشركة الأمريكية El Paso (458). أمـا الآن، فلا نعتقد أنه ثمة مانع يحول دون إدراج مثل هذا البند في العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، خاصة بعد وضع الدولة لآليات جديدة لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار، من خلال تعديلها لقانون الإجراءات المدنية. إن مثل هذا البنـد الـذي يمـنح المحكمين سلطات المفوض في الصلح، لا يهدف في النهاية إلا إلـى إسـتبعاد القـانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمار مثل الجزائر (459). وفي نظر جانب من الفقه، إن هـذا الشرط لا يعني إلا شيئا وحيدا، وهو تمكين المحكمين من أن يصدروا قرارا تحكيميا، قـد لا يكون بالضرورة مؤسسا على القواعد القانونية التابعة لدولة معينة وإنما يكون مؤسسـا على بنود العقد والمبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية أو على المبادئ العامـة لقانون وأعراف التجارة فحسب (460).

وبعد عملية تحديد القانون التطبيق على التحكيم يشرع المحكم أو المحكمـون فـي التحقيق في النزاع.

---

(457) Loquin. E, « La réalité des usages du commerce », Rev.Int.Dr. Eco. 1989. 163. Voir aussi Khan. Ph, « Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?", in Etudes Goldman, p. 97 et s.
(458) Cité par Bouzana. B, op cit, p. 391.
(459) Loquin. E, op cit, p.98
(460) Zahi. A, op cit, pp, 281-283.

يجري التحقيق في النزاع طبقا للمادة 20 فقرة 1 و2 و3 و4 و5 و6 و7 و14 و15 و16 من لائحة الغرفة الدولية للتجارة. تنص المادة 20 فقرة 2 مثلا من اللائحة على أنه "بعد دراسة كتابات الأطراف والأوراق المودعة من طرفهم للنقاش، يستمع المحكم حضوريا للأطراف". من جهة أخرى، يفصل المحكم مبدئيا في موضوع النزاع بناء على أوراق القضية كما يمكن له سماع أطراف النزاع بطلب من أحدهم أو بمبادرة منه إقتضت الضرورة ذلك. يبقى أن نشير إلى أنه يجري إستعمال وسيلتين في التحقيق: الإستعانة بالكتب أو اللجوء إلى الأسلوب الشفاهي. وهذا الأسلوب الأخير كما نعلم، نجده في النظام الأنقلوسكسوني. ومن بين هاتين الطريقتين، للطرفين الحرية الكاملة في إختيار الوسيلة التي يريانها الأفضل، كما أن للمحكمين كل السلطات في إستعمال الوسيلة التي يرونها مناسبة بحسب ما يمليه عليهم مكان التحكيم ووضعية محامي الأطراف وجنسيتهم. من جهة أخرى، يمكن للمحكمين أن يستعينوا بالخبراء للفصل في النزاع الذي بين أيديهم. وبناء عليه، يمكن لهم أن يعينوا خبيرا أو عدة خبراء من المعروفين بكفاءتهم القانونية أو الفنية ويحددون مهامهم. كما يمكن أن يستدعونهم لمجرد سماعهم كشاهدين فقط **(461).** وخارج هذه الإجراءات، يمكن للهيئة التحكيمية إتخاذ أي إجراء تحفظي أو مؤقت **(462)** تراه ضروريا. كما يعود للمحكمة السلطة في إختيار لغة التحكيم المناسبة مع الأخذ في عين الإعتبار دائما لغة العقد **(463).** يقوم المحكمون بطلب من أحد الأطراف أو في حالة الضرورة بإستدعاء الأطراف للحضور في الأيام والأمكنة المحددين. وعندما يكون غياب أحد الأطراف عن الجلسة غير مبرر بعد أن تم إستدعاؤه بصفة شرعية يمكن للمحكمة أن تفصل في القضية وكأن النقاش قد كان حضوريا comme si le débat était contradictoire **(464).** تجدر الإشارة إلى انه بالرغم من ذلك كله، يخضع سير الجلسات إلى مبدأ الحضور.

---

(461) Khan. Ph, in « Les hydrocarbures gazeux et le développement des pays producteurs », Travaux du C.R.I.D.M.I, librairies techniques, Paris 1974, pp. 282-283.

(462) مادة 20 فقرة 3 من لائحة تحكيم الغرفة.

(463) مادة 236 فقرة 1 من نفس المرجع.

(464) مادة 16 من لائحة التحكيم، المرجع السابق.

وهو المبدأ الذي جاء صلب المادة 15 فقرة 4 من اللائحة. يبقى أن نقول أن المناقشـات هي غير علنية، إلا إذا أراد المحكم أو الأطراف خلاف ذلك. إن هذه المادة، لتؤكد بصفة لا يرقي إليها الشك على سرية تحكيم الغرفة. يمكن للأطراف أن يحضروا شخصيا إلـى الجلسات أو بواسطة من يمثلهم، بشرط أن يكون هؤلاء معتمدين بصفة قانونية. كما يمكن لهم أن يستعينوا بمستشارين أو بمحامين (465) لا يمكن للأطراف في التحكيم، أن يقـدموا إلى المحكمة التحكيمية طلبات جديدة إلا بترخيص منها. وقد تكون هذه الطلبـات مقابلـة أولا، ولكن بشرط أن تكون في حدود محرر المهمة. ويكون ذلك بعد إمضائه والموافقـة عليه من قبل المجلس الدولي للتحكيم (466).

وبعد مرحلة التحقيق والدراسة، تصدر المحكمة التحكيمية قرارا تحكيميا تضع من خلاله حدا للنزاع. إلا أن هذا الإصدار يجب أن يخضع إلى شـروط. ومـن بـين هـذه الشروط، هو أن على الهيئة التحكيمية أن تصدر هذا القرار في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ إمضاء محرر المهمة. وقد يجوز تمديد هـذا الأجـل إذا رأى المجلـس أنـه ضروري أو بطلب من هيئة التحكيم. يصدر القرار بأغلبية الأصوات إذا كانت المحكمـة مشكلة من ثلاثة محكمين (467). أما إذا لم يحصل القرار على أغلبيـة الأصـوات، فإنـه يصبح من حق رئيس المحكمة التحكيمية أن يفصل وحده في النزاع.

من جهة أخرى، وطبقا للمادة 17 من لائحة تحكيم الغرفة، يمكـن للأطـراف أن يضعوا نهاية لنزاعهم عن طريق صلح une transaction يكرس فيما بعد في شـكل قـرار يسمى "قرارإتفاق الأطراف" Sentence d'accord des parties تصدره المحكمة.

أما عن التسبيب، إذا كان في السابق، لا يشترط أن يكون القـرار الصـادر عـن المحكمة التحكيمية مسببا (468) وإن كانت الرقابة التي يمارسها عادة المجلس على القرار

---

(465) مادة 21 فقرة 4، نفس المرجع.

(466) مادة 19، نفس المرجع.

(467) مادة 25 فقرة 1 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة، المرجع السابق.

(468) إن غياب التسبيب هنا يذكرنا بلائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية التي هي الأخرى لم تشر إلى التسبيب. وهو مـا يؤكد لنا وجهة النظر القائلة بمدى تأثر لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية بلائحة تحكيم الغرفة.

بعد صدوره لا تنفي إحتمال إمتداد تلك الرقابة إلى التسبيب الذي يبقى تقليدا وليس واجبا (469) بحكم أن لائحة تحكيم الغرفة لم تكن لتتضمنه. فإن اليوم ومع لائحة تحكيم الغرفة الجديد لسنة 1998، فإن القرار التحكيمي يجب أن يكون مسببا (470). مما يعني أنه أيضا، سوف لن ينفلت من الرقابة التقليدية للمجلس. إلا أنه وبعد صدور القرار التحكيمي طبقا للمواصفات والكيفيات التي تقررها لائحة الغرفة، يصبح بعدها القرار جاهزا للتنفيذ.

تجدر الإشارة في هذا الإطار، إلى أنه طبقا للمادة فقرة 28 من تحكيم الغرفة يعد القرار نهائيا ونافذا منذ صدوره عن المحكمة التحكيمية. ونهائية القرار لا يعني إلا شيئا وحيدا، وهو إلتزام الأطراف بتنفيذ القرار وبدون تأخير، والتنازل عن كل طرق الطعن الممكن رفعها أمام محاكم الدولة. بصورة عامة، ينفذ القرار بشكل عفوي إلا أننا أحيانا، نجد أن الطرف الذي خسر الدعوى لا يريد أن ينفذ القرار التحكيمي. في هذه الحالة، يصبح من حق الذي ربح الدعوى، أن يطلب من السلطات القضائية أن تمنح القرار ما يسمى الصيغة التنفيذية L'exequatur من أجل تنفيذه جبرا. في مثل هذه الوضعية، يتحرى قاضي التنفيذ في الشروط التي على أساسها صدر القرار، وإذا كان تنفيذه هو غير مخالف للنظام العام في البلد الذي سينفذ على ترابه القرار التحكيمي. لا يمكن له مثلا، أن يفحص مدى صحة تسبيب القرار ولا أن يراجع القرار من حيث الأصل quant au fond (471).

بالنسبة للنظام العام، فقد يغطي هذا النظام في بلد التنفيذ كل قوانين ذلك البلد بما فيها القواعد الآمرة (472). وإن كان الملاحظ، أن المكرس اليوم من قبل أغلب التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الوطني، هو النظام العام بمفهومه الدولي وليس النظام العام بمفهومه الداخلي.

---

(469) Robert. J, « Le nouveau règlement de conciliation et arbitrage de la chambre de commerce internationale », Rev.arb, 1976, pp. 83-97.

(470) راجع المادة 25 فقرة 2 من لائحة التحكيم للغرفة، المرجع السابق.

(471) Issad. M, Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur, L.G.D.J, Paris 1970, pp. 14 et 83.

(472) Bien que la distinction entre ordre public international et dispositions impératives existe. Sur cette distinction, voir Paris, 12 mars 1985, Rev.Arb, 1985. 299 avec le commentaire de Loquin. E, p. 199. D, 1985, IR. 467, observation Julien. P.

ولكن إذا كان الغالب، هو إختيار التحكيم المؤسساتي للغرفـة الدوليـة للتجـارة كوسيلة لتسوية النزاع بين الدولة والمستثمرين الأجانب إلا أن ذلك لم يمنع طرفي العقـد من أن يختارا أيضا التحكيم الحر.

الفصل الثاني: اللجوء إلى التحكيم الحر

الملاحظ في هذا الإطار، هو أنه إلى جانب التحكيم المؤسسـاتي ممكـن أن يلجـأ الأطراف من أجل تسوية نزاعاتهم الإستثمارية إلى نوع آخر من التحكيم، يسمى التحكـيم الحر. وهو تحكيم يتسم بكونه يمنح أكبر قدر من الحرية للأطراف في تنظيم التسوية عن طريق هذه الوسيلة، بعيدا عن أي لائحة تحكيم موجودة مسبقا (473). (المبحـث الأول) إلا أنه بوجه عام، ومهما يكن هذا التحكيم، سواء أكان مؤسساتيا أو حرا، فإن لجوء الأطراف إلى التحكيم في حد ذاته كوسيلة لتسوية نزاع ناشئ عن الإستثمار يثير أكثر من تسـاؤل. وهو ما يطرح في الحقيقة، البعد الحقيقي لمثل هذا الإختيار (المبحث الثاني).

المبحث الأول: العقود التي تنـص على اللجوء إلى التحكيم الحر

بالرغم من السرية التي تحيط بعقود الإستثمار، فقد تمكنا من الإطلاع على عقدين يأخذ كل واحد منهما بالتحكيم الحر. العقد الأول، وهو العقد المبرم بتاريخ 2 فيفري سـنة 1991 بين شركة "سونلغاز" والشركة السويسرية "ABB" لصناعة الأجهـزة الإيلكترونيـة وإصلاحها وصيانتها (المطلب الأول). أما العقد الثاني، فيتمثل في بروتوكـول الإتفـاق المبرم بين الشركة الجزائرية "ENAD" لمواد التنظيف والشركة الألمانية "Henkel" من أجل إنشاء شركة مختلطة جزائرية ألمانية تكون مختصة في صناعة مواد التنظيف والذي كان قد أبرم بتاريخ 21 ماي سنة 2000 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إتفاقية الشراكة بين شركة "سونلغاز" والشركة السويسرية "ABB"

تنص المادة 31-2 من عقد الشراكة المبرم بين "سونلغاز" والشـركة السويسـرية "ABB" على أن "النزاعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ العقد تخضع إلى إجـراءات الحـل الودي المسبق بين المتعاقدين.

---

(473) Voir Lalive. P, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », Etudes Bellet, Litec, 1991, p. 301 et s, Oppetit. B, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », JDI, 1993. 811, spéc, p. 819.

وفي حال فشل محاولة التوفيق، تسوى النزاعات والخلافات عن طريـق التحكـيم بواسطة لجنة للتحكيم ... " الملاحظة الأولى التي يمكن أن نسوقها هنا، هو توخي الطرفين التوفيق كوسيلة مسبقة عن التحكيم. إلا أننا من جهة أخرى، نسجل غياب أي تنظيم لهـذا الإجراء. (لا من حيث تعيين الموفقين أو إجراءات التوفيق ولا أيضا من حيث النتائج التي من الممكن أن يتوصل إليها الموفق أو الموفقون إن كانوا عددين) ولكن خلافا للتوفيق، فقد نظم الطرفان التحكيم في جميع جزئياته. أولا، ومن أول وهلة فقد إتفق الطرفان علـى أن من توكل إليه مهمة الفصل في النزاع بواسطة التحكيم، يجب أن يأخذ شكل هيئة للتحكـيم وليس محكما وحيدا. وهكذا وطبقا للمادة 31-2 دائما، تتكون هذه الهيئة بصـفتها هيئـة جماعية collégiale من ثلاثة محكمين، إثنان منهم يقع إختيارهما من طرف المتعاقـدين أي محكم لكل متعاقد، أما المحكم الثالث فيعين من قبل المحكمين. في حالة ما إذا لم يقم أحـد الطرفين بتعيين محكم له، فإنه يتولى رئيس المحكمة العليا بطلب مـن المتعاقـد الآخـر وعوضا عن الطرف المتقاعس تعيين هذا المحكم. أما إذا لم يتفق المحكمان المعينان على إختيار محكم ثالث ليرأس هيئة التحكيم خلال المدة الممنوحة لهما إختياره وهي مدة شهر تبدأ من التعيين، يقوم رئيس المحكمة العليا بتعيين هذا المحكم ويكون ذلـك بطلـب مـن الطرف المبادر وهذا خلافا للعادة أين يستنجد فيها الطرفان برئيس الغرفة الدولية للتجارة لتعيين محكم عوضا عن الطرف الذي تخلف عن التعيين. نعتقد أن إسناد هذه المهمة إلى رئيس المحكمة العليا الجزائرية تحمل أكثر من دلالة. أولا، هو يرمز إلى ثقـة طرفـي النزاع في هذه الهيئة خاصة وأنها تحمل جنسية أحد الطرفين. ثانيا، قد يفسر علـى أنـه يعكس رغبة الطرفين في إضفاء نوع من المرونة والشرعية على تشكيل الهيئة التحكيمية، خاصة وأنه تقرر وبرضاء الطرفين في النزاع على أن يكون مكان إجتماع هيئة التحكـيم في المحكمة العليا (474) أي أن يكون مكان التحكيم في النهاية في الجزائر.

---

(474) مادة 31-2 من إتفاقية الشراكة.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق، فتنص الفقرة 3 من المادة 31 من العقد على أن القانون المختار هو القانون الجزائري. يبدو أن هذه الفقرة من المادة السالفة الذكر، لا تميز بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وبالتالي، نعتقد أنها تثير مسألة مهمة وهي مسألة وحدوية أو عدم وحدوية القانونين الواجبين للتطبيق.

إن المبدأ العام هو أنه ليس بالضرورة أن يكون القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو نفسه الذي يحكم موضوع النزاع وهو المبدأ الذي أخذت به المحاكم في فرنسا منذ العام 1974 (475) وكذلك فقه القضاء التحكيمي (476). وللتأكيد على هذا المبدأ، فقد تنوعت المبررات والأسانيد. بعض من الفقهاء من يعتبرون أن الفصل بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إنما هو نتيجة لمبدأ إستقلالية الشرط التحكيمي (477). أما البعض الآخر، فيرون أن ربط القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إنما هو محاولة لإبراز الطابع التعاقدي للتحكيم على حساب طابعه القضائي (478). أما الآخرون فيؤكدون على أنه إذا كان هنالك تمييز بين القانونين، فلأنه توجد إعتبارات قد تدفع بالأطراف أو بالمحكمين إلى إختيار قانون واجب التطبيق على الإجراءات، هي غير الإعتبارات التي على أساسها يختارون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (479) بالنسبة للعقد الحالي موضوع الدراسة، فقد نصت المادة السالفة الذكر منه على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري الساري المفعول بدون أن تفصل بين القانونين، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. مما يعني خلافا للمبدأ الذي تعرضنا إليه سابقا، والذي يفصل بين هذين النوعين من القانون،

---

(475) Arrêt Diefenbacher du 18 juin 1974, Rev.arb, 1975, note Jean. R.
(476) Voir par exemple la sentence rendue le 23 août 1958 dans l'affaire Aramco/gouvernement Arabie Saoudite, ,in Rev.Crit. DIP, 1963. 272. Voir aussi Battifol, « La sentence Aramco et le droit international privé », Rev.Crit. DIP, 1964. 647.
(477) Paris, 21 février 1980. Gotaverken, JDI, 1980. 660, note Fouchard. Ph.
(478) Sur cet argument, voir spéc. Loquin. E, JDI, 1980. 880.
(479) Robert. J, Rev.arb, 1975. 189.

أن المتعاقدين قد إختارا أن يكون القانون الواجب التطبيق على الإجـراءات هـو نفسـه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

بالإضافة إلى مبدأ محدودية القانون الذي إعتمده الطرفان، فإن القانون الذي إختاراه هو القانون الجزائري وليس أي قانون آخر، وهذا طبقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يحكـم التحكيم منذ مدة. نعتقد أن القانون الجزائري قد تم إختياره نظرا، أولا، لكون إجتماع هيئة التحكيم هو في الجزائر، مما يشكل قرينة على أن القانون الذي سوف يحكـم إجـراءات التحكيم لا يمكن أن يكون إلا القانون الجزائري. وإن كانت هذه القرينة هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. ثانيا، نعتقد أن القانون الجزائري قد تـم إختيـاره لعلاقتـه الوثيقـة بموضوع النزاع وبأحد الطرفين الذي هو جزائري حتى وإن أصبحت النزعة الحالية هي الإتجاه نحو إختيار قانون محايد، ليس له علاقة لا بموضوع النزاع ولا بالأطراف.

من جهة أخرى، يؤكد العقد على أن القانون المختار هو القانون الجزائري ويجـب أن يكون هذا القانون هو القانون الساري المفعول. وقد يقصد بالقانون السـاري المفعـول هنا، القانون المطبق على النزاع وقت نشوبه، وليس القانون الذي أختير وقت إبرام العقد. وهذا يعني، عدم ثبات القانون المطبق على موضوع النزاع، والإعتراف بصـورة غيـر مباشرة بحق الدولة في ممارسة سلطتها التشريعية في حياة العقد عن طريـق القـانون أو بواسطة التنظيم. ومن نتائج القانون الساري المفعول، هو بإمكانه أن ينشئ حقوقا جديـدة لفائدة أحد الطرفين في النزاع، كأن يستفيد أحدهما من تعويض أكبر أو أن يدفع ضـرائب أقل، إذا كان النزاع هو نزاع ضريبي.

أما عن القرار التحكيمي الذي يتوج في نهاية المطاف إجراءات التحكيم، فتقضـى المادة 31 فقرة أخيرة من العقد بأن يكون القرار الصادر عن المحكمة التحكيميـة نافـذا ومعفى من إجراءات التنفيذ الجبري وغير قابل للطعن. مبدئيا، إن القرار التحكيمي وكأي قرار آخر صادر عن سلطة غير وطنية، يجب أن يخضع مسبقا قبل تنفيذه إلـى الأمـر بالتنفيذ L'exequatur، والذي بواسطته يقرر القاضي الوطني المختص ما إذا كـان سـوف يكسبه أم لا الصيغة التنفيذية. إلا أن المادة 31 فقرة أخيرة من العقد، جاءت كإستثناء عن هذه القاعدة. فهي تستهدف تجنيب القرار التحكيمي الخضوع إلى رقابة القاضي الوطني.

إن القرار التحكيمي شكل ويشكل دائما سندا قانونيـا عبـر وطنيـا transnational وقابلا للتنفيذ في إطار النظام القانوني للدول المتعاقدة ومـن بينهـا الجزائـر. وبالنسـبة للجزائر، فقابلية إدماج القرار التحكيمي في النظام القانوني الوطني يتأكد أكثر مع إنضمام الدولة الجزائرية إلى إتفاقية نيويورك للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية لسـنة 1958. ومن ثمة، فنعتقد أن تخلي الطرف الجزائري على التنفيـذ الجبـري L'exequatur طبقا للمادة السالفة الذكر، معناه أن الهيئات القضائية الوطنية لا يمكن لها أن تنظـر فـي مدى تطابق القرار التحكيمي مع القوانين الآمرة لبلد التنفيذ كالجزائر. كما لا يمكن لها أن تقوم بمقتضى الصلاحيات التي تتمتع بها من التحقق حتى من صحة القـرار التحكيمـي كسند. من جهة أخرى، إن التنفيذ التلقائي الذي تنص عليه هذه المادة، بقـدر مـا يعتمـد لنجاحه على روح التعاون بين الطرفين، فهو يشكل إنتهاكا لعرف دولي معترف به والذي بمقتضاه يحق للهيئات القضائية الوطنية أن تمنح أو أن ترفض التنفيـذ الجبـري لقـرار تحكيمي صادر عن جهاز تحكيمي دولي (480). وهذه القاعدة كانت قد أخذت بها من قبـل المادة الأولى من إتفاقية جنيف لـ 26 سبتمبر سنة 1927 والمتعلقـة بتنفيـذ القـرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، وكرستها إتفاقية نيويورك لـ 10 جوان سنة 1958 فيما بعد، والتي تنص في مادتها 3 على أن "أي قرار تحكيمي يجب أن ينفـذ طبقـا للقواعـد الإجرائية المتبعة في الإقليم أين أثير القرار". ونكاد نجزم أن قليلا فقط، من الدول التـي تعفى في الحقيقة القرارات من الرقابة القضائية، وإن فعلت ذلك فهي تشكل الإستثناء، لأن تخلي هذه البلدان عن ممارسة سلطتها الرقابية على القرار التحكيمي سوف يؤدي لا محالة إلى إزاحة التحكيم التجاري من إهتماماته القوانين الآمرة لهذه البلدان كبلدان تنفيذ. ثم إلى جانب إعفاء القرار التحيكيمي من أي إجراء يستهدف تنفيذه جبرا. تنص المادة 31 مـن العقد على أنه يجب أن يكون "القرار التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية غير قابـل للطعن". وهذا يعني أنه لا يمكن أن يكون موضوع طعن عن طريق الإستئناف على

---

(480) « L'arbitrage dans les rapports pétroliers algéro-français, RASJEP, mars 1969, n° 1, p. 188. « L'arbitrage dans l'optique des rapports algéro-français », P.G, n° 53 du 1er juin 1971, p. 27.

مستوى أي درجة سواء أمام هيئة تحكيمية دولية (481) أو أمام محاكم داخلية. وبعبارة أخرى، يجب إعتبار القرار التحكيمي على أنه قرار نهائي وملزم للطرفين ومكسي بحجية الشيء "المحكم" فيه.

يمكن أن نستنتج من إقصاء طرق الطعن، أن الطرفين ربما أرادا من خلال هذا الإقصاء، تكريس إستقلالية القرار التحكيمي عن أي وسيلة أخرى كاللجوء إلى المحاكم الوطنية لأحد الطرفين المتعاقدين. ونعتقد، أنه ربما يريان في ذلك أيضا تطابقا مع روح وفلسفة التحكيم. ومن هنا، كان على المتعاقدين أن يستبعدا تدخل المحاكم الداخلية حتى لا يترك موضوع تسوية النزاع بين يدي محاكم غير محايدة ودفاع همه الوحيد عرقلة الإجراءات (482).

ولكن ومهما يكن من أمر، فإننا نرى أن تنفيذ القرار التحكيمي يبقى مرهونا بإرادة الطرفين وفي الحدود التي لا تمس بمصالحهما، مصلحة الطرف الأجنبي في أن ينفذ القرار التحكيمي ومصلحة الطرف الوطني أي الشركة الوطنية ومن ورائها الدولة في أن يخضع ذلك القرار إلى رقابة المحكمة المحلية (483).

المطلب الثاني: بروتوكول الإتفاق المنشئ للشركة المختلطة بين الشركة الوطنية "ENAD" والشركة الألمانية "Henkel"

تنص المادة 17-1 من بروتوكول الإتفاق هذا على أن "كل نزاع أو خلاف ينشأ بخصوص تفسير أو تنفيذ البروتوكول الحالي، يحل عن طريق التراضي. وفي حال عدم التوصل إلى تسويته بهذه الطريقة، يتم عرض النزاع أو الخلاف على محكمة تحكيمية وفقا للإجراءات التالية ..."

---

(481) يجب التذكير هنا، إلى جانب التحكيم المختلط بين الدولة الممثلة في شركة "سونلغاز" والشركة السويسرية "ABB" يمكن أن يتحول هذا التحكيم إلى تحكيم دولي بين الجزائر وسويسرا في حال إعمال المستثمر السويسري للحماية الدبلوماسية الأصلية. Voir Zahi. A, op cit, p. 180 et s.

(482) Bredin. J.D, « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », JDI 1962, p. 631, « L'abus des voies de recours dans les procédures arbitrales, Rev.arb, 1965, n° 3, p. 77.

(483) Voir en premier lieu, art 458 bis 17 du C.P.C et à titre d'exemple, art 54 al 3 du règlement d'arbitrage CIRDI et art 18 al 5 du règlement de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce franco-arabe du 10 juin 1975, Rev.Arb, 1976, n° 02, p. 131.

يبلغ أحد الطرفين الطرف الآخر بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالوصول طلبا يحدد فيه موضوع النزاع والمحكم المختار. يلتزم الطرف الآخر في ظرف عشـرين يوما إبتداء من هذا التبليغ بإعلام الطالب بالمحكم الذي عينه. أما في غياب تعيـين هـذا المحكم في الآجال المحددة، فإن رئيس الغرفة الدولية للتجارة يقوم بتعيين محكم للطـرف المطلوب. ويأخذ هذا الطلب شكل عريضة. بعدها، يقوم المحكمان المعينان فـي أجـل لا يتعدى 15 يوما إبتداء من تاريخ تعيينهما بإختيار محكم ثالـث لينضـم إلـى المحكمـين المعينين وليشكلوا الثلاثة في النهاية، المحكمة التحكيمية. إذا لم يتوصل المحكمـان إلـى إتفاق على إختيار "المحكم - الرئيس"، يقوم رئيس الغرفة الدولية للتجارة بتعيينه بطلب من الطرف المبادر. وهذه الشخصية الدولية هي مدعوة أيضا لإستبدال واحد من المحكمـين المعينين في حالة الوفاة أو المنع أو الشغور أو الرفض.

وعلى صعيد آخر، يجب على المحكمة أن تصدر قرارا تحكيميا فـي خصـوص النزاع المعروض عليها ثم تبلغه إلى الطرفين في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر، إبتداء مـن تاريخ قبول المحكمين لمهامهم طبقا للمادة 7-3 من العقـد. إن غيـاب أو تخلـف أحـد الطرفين لا يشكل عقبة في وجه إجراءات التحكيم. والقرار المصرح به في مثـل هـذه الظروف، يعد وكأنه صادر حضوريا. يتخذ القرار التحكيمي بأغلبية الأصـوات. ويعـد نهائيا وغير قابل للطعن لا عن طريق المراجعة أو الإستئناف "ويلتزم الطرفـان بتنفيـذ القرار التحكيمي بحسن نية". إن سكوت البند التعاقدي السالف الذكر عن التنفيذ الجبـري للقرار التحكيمي، يطرح تساؤلا حول ما إذا كان لزاما اللجـوء إلـى التنفيـذ الجبـري L'exequatur في حال رفض الطرف الخاسر في الدعوى الإنصياع إلى هذا القرار.

أما في خصوص إجراءات التحكيم، فإن للمحكمة التحكيمية سلطة تحديد القواعـد الإجرائية. الملاحظ، أن هذا العقد لم يحدد مكان إجتماع الهيئة التحكيمية. نعتقـد أن هـذا ربما يرجع إليه في مرحلة ما بعد تشكيل الهيئة، إلا إذا كان هذا التحكيم هو مـن النـوع الذي يتم بالمراسلة (484).

---

(484) Voir sur ce point Goldman. B, « Les conflits des lois .. », op cit, p. 372.

أما عن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، فتنص المادة 7-2 فقـرة 5 مـن العقد على أنه "يفصل المحكمون بالعدل Statuent en équité بالرجوع إلى بنود العقد الحالي ولواحقه et ses annexes (485) وإلى المبادئ العامة للقانون، وكذا القواعـد المألوفـة فـي التجارة الدولية". يجب التنبيه إلى أن هذا البند التعاقدي يعد من البنود الغير المألوفة عادة في مثل هذه العقود الإستثمارية، إلا أنه ومنذ التوجه الليبيرالي للقانون الجزائري وما تبعه من إنعكاس على العقود الحالية يجعل من إدراج مثل هذه البنود في هـذه العقـود أمـرا طبيعيا. إلا أن الغموض الذي يحيط بمصطلح "عدل" قد يثير حفيظة المستثمرين الأجانـب الذين يعتبرون أنه لا يمكن أن يحقق الأمن والإستقرار فـي معـاملاتهم مـع الشـركاء الوطنيين. إلا أن الطرف الوطني يعتبره وسيلة من شأنها أن تحد مـن إسـتقرار العقـود الإستثمارية، خاصة وأنها عقود طويلة المدى، لأنه لا يمكن أن تبقى هذه العقـود علـى حالها إذا كانت سوف تضر بمصالح أحد الطرفين في وجود تغير ظرف هام. وهكذا فإن مصطلح "عدل" المدرج في هذا العقد، سوف يسمح للمتعاقد المتضرر أن يحصـل علـى إعادة التوازن الإقتصادي للإلتزاماته التعاقدية بعدما كان هذا التوازن مفقودا (486). وهنـا، يكمن عمل المحكم في تقدير ما إذا كانت الظروف المحيطة بالعقد تبرر إعادة مثـل هـذا التوازن. ثم بعدها، يحاول تكييف العقد بطريقة تسمح بإعادة التـوازن إلـى الإلتزامـات التعاقدية للطرفين. وإن كنا نعتقد، أن المهمة الموكلة للمحكم هـي لـيس فـي تكملـة أو مراجعة أو تعديل الإلتزامات التعاقدية، وإنما في التأكد من شرط التنفيذ الحسن للعقد وذلك من خلال تفسير العقد بطريقة تسمح بإيجاد حلول مناسبة.

أما عن المبادئ العامة للقانون، فهي أيضا كانت ولا تزال محل نقد من طرف الفقه نظرا لغموضها. ولكن بالرغم من النقد الموجه لهذا المصطلح، فإن فقه القضاء التحكيمي La jurisprudence arbitrale قد طبقته في أكثر من مناسبة (487).

---

(485) A propos de la valeur juridique des annexes par rapport au contrat, voir Bencheneb. A, op cit, p. 254.

(486) تسمح المادة 1 فقرة 3 من القانون المدني للقاضي بإستعمال مصطلح "عدل" لمراجعة العقد. تشكل هذه المراجعة إستثناء لمبدأ إستقرار العقود.

(487) نذكر هنا فقط ببعض القضايا مثل قضيتي "شيخ أبوظبي" و"شيخ قطر" وقضية "سفير". وفي خصـوص الجزائـر قضية "**Trapal**" ضد الدولة الجزائرية "أنظر الزاهي عمر، المرجع السابق، ص. 194-195، ص. 222.

ومن بين هذه المبادئ يمكن لنا أن نذكر، الإثراء بدون سبب (488) وإحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ سلطان الإرادة والصفة الإلزامية للعقود ... إلخ. بالنسبة للدول المضيفة للإستثمار ومن بينها الجزائر، كانت ترى في هذه المبادئ مساسـا بسـيادتها التشـريعية ووسيلة يستعملها المحكمون من أجل عدم توطين العقـد délocalisation du contrat الـذي يربطها بالشركاء الأجانب.

ولكن مع زحف العولمة وتعديل قانون الإجراءات المدنية حتى يواكب التطـورات التشريعية الكبرى في العالم، فهل من الممكن التحدث اليوم عن السيادة وعـن إمتـداداتها على مستوى وسائل تسوية النزاعات بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبـي؟ خاصـة ونحن نلاحظ سنة بعد سنة إن لم نقل يوما بعد يوم إتساع رقعة التحكيم بإعتباره الوسـيلة الأكثر إستعمالا بالنسبة لهذا النوع من النزاعات.

المبحث الثاني: أبعاد التحكيم كوسـيلة لتسـوية النزاعـات بـين الدولـة الجزائريـة والمستثمرين الأجانب

إن إختيار الشركات الجزائرية للتحكيم كوسيلة لحل نزاعاتهـا الإسـتثمارية مـع الشركات الأجنبية، سواء أكان التحكيم حرا أو مؤسساتيا، فإنه يخضع إلـى وضـع قـائم يسمى العولمة (المطلب الأول). ولكن إطلاعنا عن قرب على العقود الإستثمارية بين لنـا أن من بين هذين النوعين من التحكيم، فقد وقع التركيز في هذه العقـود علـى التحكـيم المؤسساتي وبالضبط على تحكيم الغرفة الدولية للتجارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العولمة والتحكيم

شهد العالم بعد نهاية الحرب الباردة بين القطبين والذي كـان يقودانـه كـل مـن الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفياتي سابقا تحولات إقتصادية. هـذه التحـولات الإقتصادية التي مست هياكل العلاقات الدولية هي ما يعبر عنهـا اليـوم "بالعولمـة" أو "الكونية" في مفهومها الإقتصادي.

---

(488) حتى وإن كان الإتجاه نحو الأخذ بلائحة تحكيم "كنودسي" هو أيضا يعد من بين الخيـارات التـي يرجـع إليهـا الطرفان في العقود البترولية الحالية نذكر على سبيل المثال عقد للإستثمار إطلعنا عليه في مجال البحـث والإسـتغلال مبرم بين شركة أسترالية وشركة "سونطراك" وثيقة غير منشورة.

في الحقيقة، يصعب تقديم تعريف دقيق لهذين المصطلحين. إلا أنهما يعنيان طريقة معقدة وذات طبيعة متعددة الجوانب، وأحيانا متناقضة لنشر أشكال رأسمالية إنتاجا وإسـتهلاكا. إن العولمة تعني أيضا "تحرير التبادلات الإستثمارية وتدفق للرساميل والتنافس الدولي في إطار الإقتصاد العالمي" (489)، وتعرف أيضا على أنها نظام ذو أبعاد متعددة تتجاوز دائرة الإقتصاد لتشمل المال والتسويق والمبادلات والإتصال وكذلك السياسية والفكر (490). كمـا تعرف العولمة على أنها أيضا نهاية للدولة وللإيديولوجيا وإندثار للحدود وإنـدماج أكبـر للبلدان النامية في الأسواق العالمية.

ويعتبرها فقهاء آخرون على أنها تمثل أعلى مراحل الرأسـمالية الجديـدة التـي أفرزتها الثورة المعلوماتية وما يرافقها من تطور في مجالي الإتصال والإعلام (491).

وتؤكد تصورات أخرى، على أن العولمة هي مرادفة للأمركـة. وبمعنـى آخـر، توسيع النموذج الأمريكي وتنامي مطرد لدور الشركات المتعددة الجنسيات في العالم (492). إن المتأمل في كل هذه التعريفات هي إحتوائها على علامات نظام إقتصادي شامل وجديد لا يعترف لا بالجنسيات ولا بالحدود ولا بالنظام الإقتصادية الوطنية. إلا أنـه بالمقابـل، يجب التأكيد على أنه بدأت تظهر في الأوساط السياسية والإقتصادية مواقف متباينة بـين معارضة وحذرة ومتخوفة، وأخرى مرحبة بهذا النظام (493). ولكن ماذا عن تـأثير هـذه العولمة على وسائل تسوية النزاع وعلى التحكيم بوجه خاص؟

يجب أن نعلم أنه في السابق، كان هناك ما يسمى بالسيادة الإقتصادية التي تتمتـع بها الدول النامية والتي تسمح لها بإتخاذ أي إجراء تراه يتناسب ومصـالحها الإقتصـادية كحقها في التأميم مثلا. هذا الحق الذي كان لصيقا بالسيادة الدائمة للدولة علـى ثرواتهـا الطبيعية. فتصريحات رئيس الدولة أنذاك (494) جاءت لتؤكد على أن التأميم هو حق للدولة

---

(489) BIT, L'emploi dans le monde 1996-1997, les politiques nationales à l'heure de la mondialisation, Genève, 1996, p. 1.

(490) محمد الصالح الجابري "إيديلوجيا العولمة، الإمبراطورية العالميـة" جريـدة الشـرق الوسـط، 1997/02/06، ص. 8.

(491) Adda. J, « La mondialisation de l'économie », 1. Genève, la Découverte, Repères, 1996, p. 79.

(492) Andreff. W, « Les multinationales globales », la Découverte, Repères, 1996, p. 12.

(493) Ibid, p. 15.

(494) ونقصد به الرئيس هواري بومدين

" الجزائرية وهو حق معترف به من طرف الأمم المتحدة" (495).

أما في خصوص الآثار المترتبة عن هذا الحق على مستوى تسوية النزاعات الناشئة عن التأميم، فكان موقف الدولة الجزائرية أنذاك، هو أن التأميم يجب أن ينظر إليه على أنه تطبيق لقاعدة دولية آمرة للقانون الدولي العام (496) jus cogens. وبالتالي، فلا يمكن إخضاعه إلى أي رقابة قضائية دولية أو تحكيم دولي. ذلك أن السيادة القضائية لا يمكن فصلها عن السيادة الإقتصادية التي تشكل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة الجزائرية بوجه عام (497). أما الآن، ومع بروز بوادر أزمة إقتصادية في البلاد وزحف العولمة، فلم يعد للدولة من خيار سوى الإندماج تدريجيا في النظام الإقتصادي الكوني الجديد. وإن كنا نعتبر أنه حتى في ظل هذا النظام، فلا توجد دولة بدون سيادة (498)، وأن مفهوم السيادة هو مفهوم لصيق ببناء وتطور هياكل الدولة العصرية وبالسلطة المطلقة والدائمة للجمهورية (499). فالسؤال الذي يطرح نفسه: هل أن فكرة السيادة ما زالت تحتفظ بأي معنى لها في ظل العلاقات الجديدة بين الدول؟ وماذا عن إمتداداتها على مستوى تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات؟

يجب الإشارة إلى أنه يصعب التكلم عن ممارسة فعلية للسيادة في ظل النمو المتزايد للتفاعل الدولي وفي ظل الإندماجات الجهوية اليوم. وكل هذه الترابطات والإندماجات قد أحدثت شرخا في السيادة الوطنية، وأسقطت ما يسمى بالحدود الإقتصادية بين الدول. ومن نتائج هذا التفاعل الذي فرضته العولمة على السيادة، هو أن هذه الأخيرة لم تعد مطلقة، إذ أصبحت الدول تقبل طوعية الحد من حرية ممارستها لهذه السيادة. وعليه، ففي رأي الفقيه Picarde Pétrella مثلا "فإن العولمة هي نهاية الوطني بإعتباره البعد

---

(495) خطاب الرئيس هواري لدى إعلانه تأميم الشركات البترولية الفرنسية في 24 فيفري 1971 أمام إطارات الإتحاد العام للعمال الجزائرين، المجاهد في 25 فيفري 1971، ص. 3.

(496) Virally. M, « Réflexions sur le jus cogens », AFDI, 1966, p. 7. Aussi Nisot. J « Le jus cogens et la convention de Vienne sur les traités », RGDIP, 1972, pp. 692-697.

(497) Voir Bouzana. B, op cit, p. 147 et s.

(498) Fleiner. T.G, Théorie générale de l'Etat, PUF, 1986, p. 165 et s.

(499) Bodin. J, Les six Livres de la République, Livre 1, chap III, p. 122, cité par Polin. R, Hobbes, Dieu et les hommes, PUF, 1981, p. 89.

ونقطة الإنطلاق وهي تعني بالمقابل الدخول الإستراتيجي للفاعلين الإقتصاديين" (500). كما أنه من بين إنعكاسات العولمة على السيادة "هو حصر القرار على المستوى الـدولي فـي دائرة أضيق هي دائرة الأجهزة المالية وهو ما يؤدي إلى إستمرار علاقات خاليـة مـن المساواة ... وإلى زوال دور الدولة. كما أنها تحمل في طياتها أخطارا جديدة على سـيادة الشعوب وخصوصية خياراتها الوطنية" (501). أما عن إنعكاسات العولمة على الإستثمارات هو "أن هذه البلدان (من بينها الجزائر) قد تجد نفسها مقصية مـن الإسـتفادة مـن الإستثمارات نظرا لضيق الطلب الداخلي الذي تسببت سياسـات التعـديل الهيكلـي مـن مضاعفة تقلصه كما تجد نفسها مقصية جراء نقص المنشآت القاعدية التـي تحـول دون تطويرها مديونية خانقة ومستديمة" (502).

أما عن إمتدادات العولمة ومدى تأثيرها علـى السـيادة القضـائية علـى وجـه الخصوص، فيكمن هذا التأثير في التخلي التدريجي للدولة عن ممارسة السلطة القضـائية التي تعود إليها طبيعيا. إن العولمة تؤدي - حسب تقديرنا - نفس الوظيفة التـي يؤديهـا التدويل، ذلك أن كلا هما يحرم الدولة من ممارسة سلطة القضاء، وبالتالي إستعمال وسيلة أخرى بديلة عن قضاء الدولة ألا وهي التحكيم. وهكذا، يتطور التحكيم في الجزائر تحـت تأثير العولمة إلى جانب عوامل داخلية أخرى، كالسقوط الحر لمداخيل البتـرول والتـي إستدعت - كما نعلم - إعادة الهيكلة العضوية والمالية للشركات الوطنية وكل الإصلاحات الأخرى التي تبعت تلك العملية والتي كانت من أولى نتائجها إعادة النظر في دور الدولـة في التنمية الإقتصادية (503).

لا شك أن العولمة قد أنجبت ما يسمى اليوم بعولمة التحكيم. ومن نتائج هذه العولمة حمل معظم الدول ومن بينها الدولة الجزائرية على تكييف نظمها القانونية مع المنظومة

---

(500) Pétrella. P, « L'Europe entre l'innovation compétitive et un nouveau contrat social », Rev.inter des sciences sociales, n° 143, mars 1995, pp. 21-34.

(501) مقتطفات من خطاب الرئيس عبد العزيز بوتفليقة في قمة الـ 77 بها فانا (كوبـا) 13-14 و15 أفريـل 2000، جريدة الشعب 13 أفريل 2000، ص. 04.

(502) نفس المرجع.

(503) Belhimer. A, « Algérie (de 1986 à nos jours) », in le rôle de l'Etat dans le développement de l'économie, Approches nationales, éd Bruylant, I.D.E.I.F, 1995, pp. 56-92.

القانونية العالمية التي تأخذ بالتحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار (504). وهي تمثل حاجة العالم اليوم، إلى عدالة واضحة ونزيهة وسريعة قد لا تتوفر دائما لـدى الدول وخاصة منها السائرة في طريق النمو، سواء لأن مؤسسـاتها لا تحتـرم المبـادئ الخاصة التي من شأنها أن تضمن حماية للأجانب، أو لأن أنظمتها القانونية تختلف عـن الأنظمة المعمول بها عالميا، أو لردائة بعض التشريعات الوطنية كسوء صياغتها مثلا أو عدم إستقرار تلك التشريعات وتخوف أوساط السوق العالمية من تطبيـق بعـض الـدول لقواعد قانونية غير ملائمة أو التهديد بتغييرها. كل هذه الأسباب عجلت بعولمة التحكـيم التي تعتبر الضمان الوحيد في نظر المستثمر في حال نشوب نزاع بينهـا وبـين الدولـة المضيفة للإستثمار.

ولكن بالرغم من ذلك، فمدى إنتشار التحكيم كوسيلة عالمية تبقى بدون جـدوى إذا لم تنفذ. وهو ما يثير الشكوك حول فعالية التحكيم حتى وهو معولم، بمعنى آخر، أن البنود التي تنص على اللجوء إلى التحكيم، لا يمكن أن تحصل على ضمانات في التطبيق إلا إذا صدرت القرارات التحكيمية طبقا لعدد من القواعد المستمدة من المبادئ العامـة للقـانون الدولي الخاص وطبقا لمبدأ إحترام سيادة الدول. لأنه بالرغم من هذه العولمـة الزاحفـة للتحكيم، فإن هذه الأخيرة لا يمكن أن تلغى خصوصيات النظم القانونية الوطنية خاصة في مجال رقابة القاضي الوطني على إجراءات التحكيم. لهذا الغرض، فقد عملـت الإتفاقيـة الدولية للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية على محاولة عولمة التنفيذ في أسسها وذلك بوضع قواعد موحدة يعمل المحكمون والقضاة بها على حـد سـواء. إلا أن هـذه الإتفاقية لم تستطع بالرغم من هذه المحاولة، أن تمحو السـيادة القضـائية للدولـة فـي خصوص هذا الجانب. والدليل على ذلك، أن أغلب الفقهاء يتكلمون عن مساعدة القاضـي الوطني للتحكيم (505).

---

(504) راجع الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف مثل إتفاقية **CIRDI أو AMGI**. إنها تأخذ كلها بالوسائل الودية إلـى جانب التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار.

(505) Concernant cette assistance ou coopération voir, Fouchard. Ph, « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev.arb, 1985, p. 5 et s.

ولكن الذي عولم التحكيم أيضا هو ما نلاحظه من تزايد في عدد مراكز التحكيم في العالم وأعرقها بالطبع، هو مجلس التحكيم التابع للغرفة الدولية للتجارة إلى جانب مجالس أخرى أنشئت على المستوى الجهوي كالمركز العربي للتحكيم بالرباط (506).

العامل الآخر الذي ساعد على عولمة التحكيم، هو مبدأ سلطان الإرادة. إن التحكيم هو تعبير عن إرادة أصحاب الأعمال، وهو جزء من حركية عامة يشهدها العالم وعلى رأسها العولمة الإقتصادية التي نجدها في كل الإتجاهات وفي كل الميادين بما فيها القطاع الخدماتي والمعلوماتي وحتى الفنون والإنتاج الفكري والأدبي. وهذه الحرية في التعامل خلقت تنافسا فيما بين الدول وفي الأوساط التجارية العالمية على إستعمال التحكيم حتى يصبح ليس فقط الوسيلة الضرورية لحل نزاعاتها، ولكن الوسيلة الأكثر إنتشارا والتي يتفق حولها جميع الأشخاص والهيئات (507). فاليوم مثلا، لم يعد أطراف التحكيم، الدول من جهة، والأشخاص الأجنبية من جهة أخرى، ولكن أيضا الدواوين والشركات الوطنية والشركات العملاقة. إن تعدد مستعملي التحكيم هم في تزايد بإتساع رقعة التحكيم وعولميته. فحتى المنظمات الدولية تقبل التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعاتها مع أطراف أخرى بدون تدخل أي محكمة وطنية.

عامل آخر مهم في عولمة التحكيم، هو تنظيمه sa réglementation حتى وإن كان في الحقيقة يصعب الآن التحدث عن قانون عالمي موحد للتحكيم، فإن لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة يمكن أن تكون مصدر إلهام بالنسبة لهذا القانون في المستقبل. الآن، يعتبر تحكيم الغرفة التحكيم الأكثر إتقانا perfectionné. من جهتها ساهمت ندوة الأمم المتحدة لتنمية القانون الدولي للتجارة (CNUDCI) في دفع هذه الحركية نحو العولمة بفضل تأسيسها لتقنين منسجم أخذ شكل نموذج تحكيمي La loi – type de la CNUDCI (سنة 1976) وقانون نموذجي للتحكيم (سنة 1985). إلا أن ما يمكن ملاحظته، هو أنه من بين بنود

---

(506) El-Ahdab. A, « Le Centre Arabe d'arbitrage commercial à Rabat. Convention Arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial (1987) », Rev.arb, 1989, pp. 631-640.

(507) من إتساع رقعة التحكيم عالميا، نذكر على سبيل المثال البلدان التي أخذت به وهي: اليونان (سنة 1986) وإيطاليا (سنة 1983) وبلجيكا (سنة 1985) وكيباك (سنة 1986) وتونس (سنة 1993) والجزائر (سنة 1993).

Sur l'évolution de l'arbitrage dans le monde, voir à titre d'exemple, Christine et Patrick, « L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans le années 80 », JDI, 1991, pp. 947-974.

لوائح التحكيم، يجب التمييز بين البنود الإلزامية والبنود التي يمكن أن يتفق الأطراف على عدم الأخذ بها. أما الآن، ومع العولمة فهذه القواعد أصبحت تفرض نفسها علـى التجـار بقوة. عنصر آخر شجع على عولمة التحكيم، هو الدور المطرد للأطراف ومستشـاريهم على مستوى سير إجراءات التحكيم إلى جانب إتجاه الشركات وكذلك الدول إلى إختيـار من يرونه أهلا لأن يكون محكما، بعيدا عن الكفاءات التي توجد أسماؤها معلقة على قوائم مضبوطة مسبقا. كما يظهر أيضا إنتشار التحكيم وعولمته في إتسـاع رقعـة مشـاركة الأطراف أيضا على مستوى تعيين المحكمين وإن كان يعاب على هذه المشاركة محاولـة بعض الأطراف اللجوء إلى المناورات من أجل عرقلة التحكيم، كالطعن في نزاهة المحكم أو في كفاءته، عدم الحضور أصلا. لكن يجب الإعتراف من جهـة أخـرى أن سـرية الأعمال Le secret des affaires الذي تعتبر جزءا لا يتجزأ من قواعد التعامل فـي إقتصـاد السوق، لا تساعد على عولمة التحكيم لأن الأطراف ستجد نفسـها حـذرة ويقظـة فـي خصوص كل هو سري ويتعلق بالنزاع. بينما عولمة التحكيم تبقى في الحقيقة في حاجـة إلى حسن نية الأطراف في التعامل مع التحكيم.

نعتقد من وجهة نظرنا، أن عولمة التحكيم قد تأتي مع الممارسة المستديمة للتحكيم الذي يعد الضمان للمستثمر الأجنبي وجوابا قانونيا مقنعا للمسائل التي تتعرض لها الـدول النامية في علاقاتها الإقتصادية مع الشركات الأجنبية.

ومما يساعد على تحقيق عولمة التحكيم، هو إستناد المحكمين في فصلهم للنزاعات المعروضة عليهم على قواعد عبر وطنية (508) والتي تستمد شرعيتها ووجودها مما يعرف بنظرية La lex mercatoria كنظام قانوني قائم بذاته، بمعزل عـن الـنظم القانونيـة (509) المرتبطة بدولة معينة أو بمجموعة من الدول. فإذا كان القاضي الوطني يعمل في نطـاق قواعد قانونية آمرة لا يحيد عنها، فإن المحكم عليه أن يعمل في مجال أرحب وأوسع.

---

(508) Audit. B, « l'arbitrage transnational et les contrats d'Etat, bilan et perspective », in RCADI La Haye, 1987, p. 23 et s.

(509) Il y a eu jusqu'à présent plusieurs écrits sur la « lex mercatoria ». voir, à titre par exemple : Goldman. B, « Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria », Etudes Lalive, p. 241 et s. complété par Paulsson. J, « La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI », Rev.Arb, 1990. 55. Osman. F, les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique national, L.G.D.J, 1992 et Bureau. D, Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, thèse, Paris II, 1992.

ثم إذا كان من خصائص القضاء العلانية، فإن من خصائص التحكيم السرية وهذه الخاصية تضمن للأطراف الحفاظ على أسرارهم. والغاية من هذه السرية أيضا الحفاظ على سمعة المؤسسات التجارية.

ومن مظاهر عولمة التحكيم أيضا، أنه إذا كانت المنازعة القضائية هي عبارة عن خصومة لا بد أن تحسم لصالح طرف من الأطراف، فإن المنازعة التحكيمية هي خلاف يرتضي الطرفان أو الأطراف عرضه على شخص ذي كفاءة ومحل ثقة قصد حسم الأمر بينهم. وكذلك، فإنه إذا كانت الإجراءات القضائية لا أحد يمكنه أن يتنبأ بنهايتها، على العكس من ذلك، ففي التحكيم يحددون الأطراف موطن الداء ويرغبون في الدواء. وهو عبارة عن قرار المحكم الذي يلزمهم ولا يعقبون عليه. ولهذا، فإن التحكيم أخذ في الرواج عبر العالم نظرا لكونه يحقق غايتين: الأولى، الإقتصاد في الوقت والثانية، التخفيف في النفقات.

وهذه الصفات تعد أيضا من بين المزايا التي يوفرها تحكيم الغرفة الدولية للتجارة وهو السبب الذي - نعتقد - أنه من أجله يدرج مثل هذا التحكيم في أكثر من عقد للإستثمار الذي يربط بين الدولة الجزائرية من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى.

المطلب الثاني: الإختيار المفضل لتحكيم الغرفة الدولية للتجارة (C.C.I)

السؤال الذي نطرحه هنا: لماذا يقع الإختيار على تحكيم الغرفة الدولية للتجارة على حساب أي تحكيم مؤسساتي آخر وعلى حساب التحكيم الحر على وجه الخصوص؟ في الحقيقة لم يفقد التحكيم الحر أهميته. لقد عثرنا عليه كأحد الخيارات الممنوحة من طرف الإتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة للإستثمارات وفي بعض العقود التي درسناها في إطار بحثنا هذا. ولكن يجب أن نعترف، أنه غالبا ما يلجأ الأطراف إلى المؤسسات التحكيمية الدائمة، مثل مؤسسة التحكيم التابعة للغرفة نظرا لما توفره هذه المؤسسات للأطراف من مزايا. ومن بين المزايا، وجود نظام تحكيمي يهتدي به ويشكل بالنسبة إليهم الوسيلة الأكثر أمانا وإستقرارا مثل لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة. فبالنسبة للغرفة بالذات، الشيء الذي يجب أن نقوله، هو أنه إلى جانب لائحة التحكيم فهي توفر كل الوسائل المادية من سكريتاريا وقاعات للإجتماع ووسائل للإتصال التي من شأنها أن

تيسر للمحكمين عملهم. ويشهد على كل هذه المزايا نشاطها المتزايد وعدد النزاعات التي عرفتها وتعرفها هذه المؤسسة (510).

بالنسبة للعقود الإستثمارية التي أبرمتها الشركات الوطنية وعلى رأسـها شـركة سوناطراك فإنه إحصائيا وبشهادة الفقيه بن شنب (511) فإن أغلب هذه العقود تشـير إلـى تحكيم الغرفة كوسيلة لتسوية نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب. وفي دراسة حديثة تشـير إلى أنه فيما بين 1981 و1990 شاركت الجزائر في 79 تحكيما تابعا للغرفـة الدوليـة للتجارة. وبذلك فهي تحتل مقارنة ببعض البلدان الخاضعين لتحكيم الغرفة سواء كمدعيـة أو كمدعي عليها المرتبة الثالثة على مستوى العالم العربي بعد مصر بـ 143 مشـاركة والسعودية بـ 83 وقبل تونس بـ 51 مشاركة والمغرب بـ 32 وحتى ليبيـا بـ 45 مشاركة (512).

وغالبا ما يفسر هذا الإختيار، بالنظر إلى المزايا المرتبطة بـالتحكيم المؤسسـاتي للغرفة ومن بينها:

- الحياد من حيث جنسية المحكمين ومكان التحكيم واللغة المستعملة.
- المرونة في تعيين الأشخاص القادرين عل تسوية النزاع وكذلك في إختيـار القـانون الواجب التطبيق طبقا للإجراءات التي تتماشى وظروف النزاع.
- الفعلية في تنفيذ القرارات التحكيمية من خلال إمكانية التخلي عن ممارسة طرق الطعن والتنفيذ الجبري.
- سرية الجلسات والقرارات والمحافظة على أسماء الأطراف.

وكل هذه المزايا اللصيقة بالتحكيم التابع للغرفة الدولية للتجارة تجعـل مـن هـذا الأخير من بين اللوائح التحكيمية الأكثر تثمينا في العالم (513). إن مثل هذا الحكم تؤكده

---

(510) Derrains. Y, Chronique des sentences arbitrales de la Chambre de commerce internationale », Clunet 1997, p. 949.

(511) فمثلا في سنة 1981 يلاحظ الأستاذ بن شنب أنه من بين 23 عقدا إطلع عليها يوجد 17 بندا تحكيميا أين رجع فيها المتعاقدان إلى لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة.

(512) Cités par Issad. M, in « Le nouveau droit algérien … », op cit, pp, 69-70.

(513)) Derrains. Y, « Les arbitrages de la CCI et les pays en voie de développement … », p. 21.

بعض الحقائق، من بينها أن تحكيم الغرفة يغطي العديد من النزاعات المتعلقـة بمختلـف العقود الدولية، كالعقود المتعلقة بالتجهيز الصناعي وعقود المجمعات الصناعية إلى جانب عقود أخرى مثل عقود البيوعات التجارية وعقود الملكية الصناعية وبيع الأسهم ... إلـخ وحسب الأمين العام للغرفة السيد Derains فقد عرف تحكيم الغرفة في سنة 1980 العديـد من النزاعات المتعلقة بعقود الإستثمار. وهي تتفاوت ما بين 20 % و 30% مـن حجـم النزاعات الإجمالي وذلك بحسب نوع العقود. ومن أهم هذه النزاعات تلك المتعلقة بعـدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية والمعاملات التجارية وعيوب الصنع (514) وفي آخر مقال نشـر للسيد Dominique Hasher المستشار المساعد والأمين العام المساعد لمجلس تحكيم الغرفـة الدولية للتجارة في مجلة La Gazette du Palais أكد فيه على أن تحكيم الغرفة ما أنفك يعرف نشاطات عديدة، هي في إتساع مستمر ويتساءل صاحب المقال ما إذا بقيت هناك نشاطات أخرى لم يعرفها تحكيم الغرفة إلى حد الآن (515). ولكن بالرغم من هذه الإشادة المتباهيـة بالمزايا التي يتمتع بها تحكيم الغرفة إلا أن موقف الجزائر لم يكن دائما موقفـا مسـاندا. وخير دليل على ذلك، هو ما جاء في الخطاب الذي ألقاه الرئيس بومدين في 15 فيفـري سنة 1975 بمناسبة اللقاء الثاني للندوة الوزارية لمجموعة لـ 77 لـ ONUDI، أين أكـد فيه على الصفة الغير عادلة لإجراءات التحكيم الدولية وخضوعها إلـى أنمـاط التفكيـر الغربي وإلى المصالح الإقتصادية للبلدان الغربية.

وعليه فالخطاب السياسي آنذاك كان يعيب على غرفة التحكيم الدولية على أنها جد غائصة في محيطها السياسي والإقتصادي الخاص بها حتى يمكن لها أن تتمتع بقدر مـن الحياد الضروري للفصل في نزاع بين بلد من العالم الثالث وهيئة أو بلد ينتمي إلى نفـس المحيط وعليه فهو يقترح إقامة "نظام إقتصادي عالمي جديد ... يحمل في طياته تحديـدا للمؤسسات وللقواعد التي تنظم التحكيم على المستوى التجاري، حتى يسمح لبلدان العـالم الثالث بإثبات الوزن الذي تتمتع به داخل هذه المؤسسات" وهو نفس الإتجاه الذي أخذت به الدول المصدرة للبترول في إجتماعها في مارس سنة 1975 بالجزائر.

---

(514) Ibid, p. 22.

(515) Cité par Khemakhem. R, rapport introductif, in l'arbitrage à l'ère de la mondialisation, Colloque international, Institut Supérieur de la Magistrature, Tunis 24 avril 1998, p. 7.

حيث أكدوا آنذاك في التوصية التي أصدروها على أن "البلدان السائرة في طريق النمو لا تلعب دورا كاملا على مستوى الهيئات المكلفة بالتحكيم التي يحكمها القانون الخاص والتي من الصعب أن نجد لديها الحياد اللاّزم" (516).

بالنسبة لهذا الموقف الحذر الذي كان يميز موقف الدولة الجزائرية في السبعينات يعتقد الفقه أنه بالرغم من التخوف الذي كان يبديه الخطاب الرسمي إزاء التحكيم إلا أن نفس الخطاب لم يكن لينكر وجوده على الإطلاق، وإنما كان ينادي بأن يكون هذا التحكيم أكثر عدلا. وهذا كان يعني بإختصار، أنه إلى جانب المطالبة بإقامة نظام إقتصادي جديد كانت تطالب البلدان السائرة في طريق النمو آنذاك بنظام قانوني دولي جديد (517).

أما الآن، فإن موقف الجزائر قد تغير تحت تأثير ثلاث عوامل مجتمعة، ضغوطات الشركات الأجنبية والأزمة الإقتصادية والعولمة. وكل هذه العوامل، أدت إلى تغيير في موقف الدولة الجزائرية من التحكيم، من موقف معاد للتحكيم إلى موقف متفتح عليه (518). والدليل على ذلك، هو تعديل قانون الإجراءات المدنية وقبل هذا التعديل، كان قد أصدر المشرع العديد من النصوص القانونية الأكثر لبيرالية على مستوى الداخلي، بدءا بإعادة الهيكلة وإنتهاء بالخصوصة. وبفتح رأسمال الشركات الوطنية للشراكة الأجنبية (519). كما سعت الجزائر ومنذ سنة 1992 على المستوى الدولي، إلى إبرام العديد من الإتفاقيات الثنائية للترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات مع شركاء أجانب وعرب. كلها تنص على التحكيم المؤسساتي إلى جانب الخيارات الأخرى المفتوحة، مثل اللجوء إلى المحاكم أو إلى التحكيم الحر.

---

(516) Voir annexe XI relative au projet de résolution concernant une proposition globale de mesures en faveur du développement et de la coopération internationale, in mémoire présenté par l'Algérie à la 1ère Conférence au sommet des Souverains et Chefs d'Etats des pays membres de l'OPEP, Alger, mars 1975, p. 327-328

(517) Issad. M, « Nouvel ordre économique et nouvel ordre juridique », in Révolution Africaine, n° 850 du 6 au 12 juin 1980, pp. 58-60.

(518) Issad. M, « Le nouveau droit algérien … », op cit, p. 22.

(519) يكتفي هنا التذكير بأهم محطات الإصلاحيات التي شرعت فيها الدولة منذ 1988 كقانون 88-01 لـ 12 جانفي 1988 المتعلق بالمؤسسات العمومية الإقتصادية وقانون 90-10 لـ 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض ومرورا بالمرسوم التشريعي رقم 93-08 لـ 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للقانون التجاري وكذا بالمرسومين التشريعين، 93-09 لـ 25 أفريل و93-12 لـ 5 أكتوبر 1993، الأول والمتعلق بالإجراءات المدنية والثاني والمتعلق بالإستثمارات وإنتهاء بالأمر رقم 01-03 لـ 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الإستثمار والأمر رقم 01-04 لـ 20 أوت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها. أنظر المراجع السابقة.

يصعب حاليا، أن نقدم إحصائيات دقيقة عن عدد العقود التي أخذت بنظام تحكيم الغرفة منذ سنة 1993 تاريخ إصدار المرسومين التنفيذيين المتعلقين بترقية الإستثمار وبتعديل قانون الإجراءات المدنية إلى غاية صدور الأمر رقم 01-03 والمتعلق بتطوير الإستثمار. ولكن لدى إطلاعنا على بعض العقود يمكن لنا أن نقول أن إختيار تحكيم الغرفة هو الإختيار الغالب. فهو يشكل إستمرارا وتقليدا درجت عليه الشركات الوطنية نظرا، للتسهيلات التي توفرها لها الغرفة. ولكن لماذا لا يقع إختيار الأطراف المتعاقدة على تحكيم مركز CIRDI المؤهل في نظرنا طبيعيا للنظر في نزاع يتعلق أصلا بالإستثمارات؟ نعتقد أن عدم إختيار مثل هذا التحكيم من قبل الأطراف، ربما يعود لحداثة إنضمام الجزائر لإتفاقية واشنطن لسنة 1956 المنشئة للمركز. مع العلم، أنه لا يكفي أن تنضم الجزائر إلى هذه الإتفاقية حتى يلجأ بصفة آلية لتحكيمه، ذلك أن القبول بالتحكيم في ظل هذه الإتفاقية، لا بد وأن يصرح به كتابيا إلى المركز (مادة 25) (520). وقد يعزى في إعتقادنا أيضا عدم إستعمال بعض العقود لتحكيم المركز إلى النجاح المحدود الذي أحرزه هذا التحكيم، (أقل من 20 قضية منذ سنة 1965) (521)، بالرغم من أن المركز يعد مركزا مختصا في النظر في النزاعات الناشئة عن الإستثمار.

إلا أن هذا الرأي قد يفنده رأي آخر للأستاذ Rambaud الذي يرى أن تحكيم المركز يشهد حاليا إتساعا نظرا للعديد من الضمانات التي يقدمها سواء على مستوى إجراءاته أو على مستوى القرارات التحكيمية الصادرة عنه (522).

ولكن ومهما يكن من أمر، فيجب الإعتراف من جهة أخرى أن التحكيم ليس هو الوسيلة الوحيدة لفض النزاع بين الدولة والمستثمرين الأجانب. فقد يجد الطرفان أنفسهما أمام مشكل فني لا يمكن حله إلا بالرجوع إلى الخبرة الفنية.

---

(520) عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، د.م.ج، 1999، ص. 68.

(521) Cité par Horchani. F, Le règlement pacifique des différends internationaux, éd C.E.R.P, Tunis, 1992, p. 156.

(522) Rambaud. P, « Note sur l’extension du système CIRDI », A.F.D.I, 1983, p. 290 et s.

الفصـل الثالـث

الخبـرة الفنيـة فـي عقـود الإستثمـار

تعرف الخبرة على أنها علم وفن وإجراء معا (523)، يكلف من خلالها رجل الفـن L'homme de l'art ويسمى أيضا الخبير بتوضيح بعض المسائل أو النقـاط الفنيـة البحتـة والتي تحتاج إلى معارف خاصة. الفرق بين الخبير والمحكم أو القاضـي هـو أن الأول ينحصر عمله في فحص المشكل الفني وتشريحه وتقديره بالوسائل التقنية وبما يملك مـن قدرات مهنية عالية، إلا أنه لا يمكن أن يبدي إلا رأيا قد لا يأخذ به الأطراف ولا القضـاة ولا المحكمون، بينما المحكم أو القاضي فهو يملك سلطة القرار فيما يعرض عليـه مـن مشاكل، فيفصل فيها سواء مباشرة أو بالإستعانة بالخبير عندما يصـطدم بمشـاكل فنيـة خالصة. ولكن الخبرة تعرف مرحلتين: مرحلة ما قبل اللجوء إلى التحكيم، ومرحلة عنـد إجراء التحكيم.

في مرحلة ما قبل التحكيم، فإننا نجد أنفسنا أمام مـا يسـمى "بـالخبير الموفـق" L'expert – conciliateur. تتمثل مهمة هذا الأخير، في تقريب وجهات النظر بين الطـرفين في خصوص المشكل الفني قصد إيجاد أرضية مشتركة بينهما (524). ومن أجل ذلك، فعمله يتمثل في تقديم مقترحات. وهذه المقترحات، لا يمكن أن ترقى إلى درجة القرار التحكيمي لأنها تعتبر مجرد رأي خال من الصفة الإلزامية. وإذا لم يقتنع الطرفان بهذه المقترحات، فلن يبقى لهما سوى خيار وحيد ألا وهو اللجوء إلى التحكـيم. أمـا "الخبيـر - المحكـم" L'expert - arbitre فلا تتوقف مهمته عند معاينة الوقائع وتحليلها بصفة موضوعية لمعرفة أصل وطبيعة المشكل الفني، ولكن الفصل في المسألة الفنية وكأن الأمر يتعلـق بمهمـة مكلف بها محكم وليس خبيرا.

يجب الإعتراف اليوم أن العقود تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، غالبا مـا تنصب على مشاريع إستثمارية ضخمة ومعقدة.

---

(523) مولاي مليانى بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، 1992، ص. 05.

(524) Kopelmanas. L, « Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international », Rev.arb, 1979. 205.

وقد تثير هذه المشاريع مشاكل فنية يصعب حلها، مما يستوجب معها اللجوء إلى الخبرة. وقد تتعلق هذه المشاكل الفنية بعدم تطابق المشروع المنجز مع المواصفات التقنية أو بخلل فني في التجهيز من شأنه أن يوقف سلسلة الإنتاج على مستوى المشروع ويؤدي إلى خسائر مالية معتبرة.

وهذه الوضعية قد تدفع بأحد الطرفين إلى اللجوء إلى خبرة حضورية من أجل فحص الخلل وتقديره. وبالرجوع إلى العقود التي إطلعنا عليها، أمكن لنا أن نصنف نوعين من الخبرة. خبرة ودية (المبحث الأول) وخبرة أخرى مؤسساتية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: اللجوء إلى الخبرة الحرة

سنحاول في هذا الإطار أن نتعرض إلى كيفيات تعيين الخبراء (المطلب الأول) على ضوء العقود التي أطلعنا عليها وكذلك إلى السلطات المخولة لهؤلاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعيين الخبراء

إن اللجوء إلى الخبرة الودية بواسطة خبير وحيد يعتبر من بين الحلول المعتمدة في بعض العقود الإستثمارية التي إطلعنا عليها. فمثلا في عقد للصيانة الإلكترونية الذي تعرضنا إليه والذي يربط بين شركة سونلغاز والشركة السويسرية ABB تنص المادة 12 منه على أن "أي نزاع ينشأ بين الطرفين حول نقاط تستدعي اللجوء إلى خبير. هذا الخبير يجب أن يكون شخصية مختارة لمعارفها الخاصة في المجال الفني المعني. يعين الخبير بإتفاق الطرفين وفي غياب هذا الإتفاق من طرف رئيس الغرفة الدولية للتجارة". نفس البند التعاقدي نجده في العقد المبرم بين الشركة الوطنية ENAD والشركة الألمانية Henkel "إن النزاعات ذات الطابع التقني تخضع أولا إلى خبير يختار من قبل الطرفين. وفي غياب هذا الإتفاق، فإن إختياره يتم عن طريق رئيس الغرفة الدولية للتجارة". لكن إختيار خبير وحيد لا يعني البتة أن اللجوء إلى لجنة من الخبراء هو غير ممكن، بل نعتقد أنه محبذ لأن جهد خبير قد لا يكفي لفحص المشكل الفني إن كان مستعصيا ومعقدا بقدر تعقيدات العمليات الإستثمارية والتكنولوجيا المصاحبة لها. ولا نظن أيضا، أن خبيرا وحيدا يكفي

لإعطاء رأي واضح ودقيق حول المشكل الفني، خاصة إذا كانت أسبابه تتعدى مجرد عطب بسيط.

ففي عقد أبرم في مجال البحث والإستغلال البترولي بين شركة سوناطراك والشركة الأجنبية "ب"، تنص المادة 10 منه فقرة 04 على "تشكيل لجنة من ثلاثة خبراء، خبير يعين من قبل الشركة الوطنية سوناطراك وخبير آخر تعينه الشركة الأجنبية "ب". أما الخبير الثالث فيعين من قبل الخبيرين الأوليين". وإذا وقع خلاف على تعيين الخبير الثالث، فإن ذلك لا يوقف إجراءات الخبرة، لأنه في غياب مثل هذا التعيين "يعين الخبير الثالث من قبل رئيس المحكمة العليا أو نائبه. وفي غياب ذلك من طرف رئيس الغرفة الدولية للتجارة". ويكون الخبير المعين من بين الشخصيات المعروفة بقدراتها الفنية في مجال البحث والإستغلال البترولي، إذا أردنا أن نقوم بمقارنة بين إجراءات تعيين الخبراء بالطريقة الودية هذه، والأسلوب المتوخى على مستوى التحكيم الحر فإننا نجد تشابها كبيرا. وهذا التشابه، مصدره هو إعتماد كل من الأسلوبين على حرية الأطراف في إختيار الخبراء، وكذلك المحكمين. كما أننا نلاحظ هذا التشابه حتى في طريقة تعيين الخبير الثالث التي تشبه كثيرا إختيار المحكم الرئيس من طرف رئيس المحكمة العليا أو رئيس الغرفة الدولية للتجارة في التحكيم الحر.

ولكن ومهما يكن من أمر، فالعناية التي يوليها الأطراف عادة إلى تعيين الخبراء الهدف منها، هو ضمان سير عادي لإجراءات الخبرة. وهو الشيء الذي يدفع هؤلاء إلى منح الخبراء المعينين سلطات واسعة.

المطلب الثاني: إختصاص الخبراء

إن إختصاص الخبراء واسع. فيمكن أن يغطي نوعية وحجم الإستثمار إلى جانب المقاييس التي نفذت على أساسها المشاريع الإستثمارية.

عندما يتعلق الأمر مثلا، بمجال دقيق مثل مجال البحث والإستغلال البترولي، فإن لجنة الخبراء تكون مدعوة إلى "دراسة التقنيات التي إستعملتها الشركة الأجنبية "ج" في البحث ... وما إذا كانت التكاليف هي مطابقة لبنود العقد وللمواصفات المعمول بها دوليا". في هذه الحالة، يقع على الخبراء الإلتزام بما هو مطلوب منهم في العقد. كما أن عليهم أن

يبذلوا كل ما في جهدهم ووفقا لما يملكون من سلطات ومعرفة فنية حتى يدرسوا المشـكل الفني وليس فقط مجرد معاينة المشكل كأي عطب فني بسيط مثلما هو معمول به عادة في الخبرات العادية. فعملهم، يجب أن يتعدى – حسب نظرنا – مجرد المعاينة إلـى التقيـيم والتقويم. ومن أجل ذلك، فيمكن للجنة الخبراء – إن إقتضت الضرورة – أن "تستمع إلـى الطرفين وأن تدرس كل الوثائق المعروضة عليها من قبل الطرفين" كبينات الصنع وشهادة التطابق الخاصة بالتجهيز ... إلخ. ولتفادي الثقل في الإجراء الإختباري والمراوغات التي من الممكن أن يلجأ إليها بعض خبراء سوء النية، فإن من العقود ما تعطي مهلة محـددة للخبراء لإنهاء تقاريرهم. فالمادة 16-3 من العقد المبرم بين شركة سونطراك والشـركة الأجنبية "ب" تنص مثلا على أن "قرار لجنة الخبراء يجب أن يصدر خلال مـدة تسـعين يوما، إبتداء من الإنتهاء من تشكيل اللجنة". إلا أن تشير المـادة 7-4 مـن بروتوكـول الإتفاق المبرم بين شركة ENAD والشركة الألمانية Henkel إلى مدة أقل، حيث تنص على أن "على الخبير أن يقدم تقريره في أجل لا يتعدى شهران من تعيينه". وهكذا، وكما نلاحظ فإن المدة التي يقوم خلالها الخبير أو اللجنة من الخبراء بإعداد تقريرها تختلف من عقـد إلى آخر. نعتقد أن هذا الإختلاف، قد يعود إلى طبيعة وحجم المشـكل الفنـي موضـوع الخبرة، وإن كان الغالب أن المدة لا تتعدى حدود الشهرين لإنجاز المهمة حتـى يفصـل الخبير في المشكل الفني بسرعة ولا يكون سببا في تعكير العلاقات التعاقدية بين الطرفين.
أما في خصوص القيمة القانونية التي يمكن أن تمنح لتقرير الخبراء وإلى النتـائج التـي توصلوا إليها. ففي العقد المشار إليه آنفا، نجد بندا يشير إلى أنه "إذا لم يرفض الأطـراف بصورة صريحة النتائج التي توصل إليها الخبير في مدة شهر، إبتداء من تاريخ تبليغهـا إليهم، فإن هذه النتائج تعتبر مقبولة". بالنسبة للعقد الذي يـربط بـين الشـركة الوطنيـة سونطراك والشركة الأجنبية "ب"، "فإن نتائج الخبرة تعد مقبولة من قبـل الطـرفين منـذ تبليغها إليهما إلا إذا رفضها أحدهما صراحة في مدة شهر إبتداء من تاريخ التبليـغ". إن هذين البندين هما في إنسجام تام مع طبيعة الخبرة التي لا تستهدف الفصل في النزاع بقدر ما ترمي إلى إعطاء رأي قد يؤخذ به وقد لا يؤخذ به. إلا أن رفض النتائج، يجب أن يقوم على رد صريح من قبل الطرفين. لأنه، بمفهوم المخالفة لا يمكن أن يؤخذ السكوت بعـد

تلقي نتائج الخبرة على أنه رفض بل على أنه قبول بها، لأن الـرفض يجـب أن يكـون رفضا صريحا وليس ضمنيا.

وعل العكس من ذلك، وفي غير الحالتين التي تعرضنا إليهما، فإن بندا آخر مـن عقد إستثمار إطلعنا عليه، ينص على أن "القرار ملزم للطرفين وأن النتائج المتوصل إليها في خصوص ... يجب أن يستجيب إليها الطرفان إبتداء من صدور هذا القرار" الملاحـظ هنا، أن إستعمال هذا البند التعاقدي لمصطلح قرار بدلا من رأي، يؤكد أن الخبير سيفصل في المشكل الفني كأي محكم آخر يتمتع بسلطة القرار بأتم معنى الكلمة، وليس فقط سلطة إصدار بعض التوصيات (525). وبالتالي، فالشيء الذي يجب أن نؤكد عليه، هو أن العقود التي أمكننا الإطلاع عليها هي في الغالب تأخذ بالخبرة المؤسسـاتية وبالضـبط بـالخبرة المؤسساتية للغرفة الدولية للتجارة.

المبحث الثاني: اللجوء إلى الخبرة المؤسساتية للغرفة الدولية للتجارة

إن الحاجة الماسة إلى الخبرة تحت إشراف هيئة دائمـة كانـت ومنـذ السـتينات الهاجس لكل الإقتصاديين والخبراء في الميادين الأكثر تعقيدا، مثـل المجـال الصـناعي والبترولي، خاصة مع تنامي العلاقات التجارية بين البلدان الغنية والفقيرة، إلى أن إسـتقر الرأي بعد مؤتمرين، الأول في فيينا سنة 1969 والثاني في موسكو سنة 1972 على فكرة إعداد لائحة خاصة بالخبرة وكان ذلك سنة 1973 في مؤتمر ريودي جنيرو تحت إشراف الغرفة الدولية، إنتهى بتنصيب مجموعة عمل تحت إشراف الأسـتاذ Jean Robert كلفـت بتحضير لائحة خبرة. وهي اللائحة التي صادق عليها مجلس الغرفة في دورته 129 في نيودلهي سنة 1976 والتي أصبحت تعرف بلائحة المركز الدولي للتجارة. ومنـذ ذلـك الوقت، ما أنفكت تعرف تلك اللائحة نجاحات تلوى النجاحات (526).

(525) Voir à titre d'exemple art 6-2 du contrat – type pour la construction d'usines de l'association japonaise pour le développement de l'ingiénerie de 1992, publié et commenté par Bourque. J-F. « L'expérience du Centre international d'expertise de la CCI devant le développement de l'expertise internationale », Rev.arb, 1995. 231 et spéc, 241. Aussi, art 67 du contrat de construction du tunnel sous la Manche, clause reproduite dans l'arrêt de la Chambre des Lords du 21 janv 1993. Bull. A.S.A, 1993. 97 spéc, p. 102 et s.

(526) Publication CCI n° 307, 1977 : voir Derains. Y, « Expertise technique et référé arbitral », Rev.arb 1982. 239, spéc, p. 242. En un peu moins de 20 ans, il a été saisi de 115 demandes inéressant des parties de 50 nationalités. (V.J.F. Bourque, art. préc).

وكأي لائحة تابعة لهيئة دائمة، فقد روعي في إعدادها جميع النقاط التـي تتعلـق سواء، بمرحلة تعيين الخبراء أو بمرحلة تحديـد مهـامهم وكـذلك بالمقترحـات التـي سيعرضونها على الأطراف.

بالنسبة لدراسة هذه اللائحة (527)، محطتان رئيسيتان تسـتوقفنا: الأولـى، وهـي محاولة الكشف عن أسلوب إختيار الخبراء (المطلب الأول). أما المحطة الثانية، فسـوف نخصصها لدراسة المهام الموكلة للخبراء طبقا للائحة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إختيار الخبراء

يأتي في العادة تعيين الخبراء بناء على طلب أحد الطرفين في النزاع. ويمكـن أن يكون ذلك في شكل بند يتفق الطرفان على إدراجه في عقد للإستثمار. إن طلـب تـدخل مركز الخبرة التابع للغرفة الدولية للتجارة يأخذ عمليا شكل عريضة يتقدم بها أحد الطرفين إلى المركز أو الطرفان معا (528). بعد إيداع الطلب وتسجيله، يتم بعد ذلك إرساله من قبل أمانة المركز إلى الطرف الآخر الذي يجب أن يبدي رأيه فيه في أجل تحدده الأمانة تبعـا لظروف القضية (529). وعندما يتفق الطرفان على تعيين خبير، فإن نسخة من هذا الإتفاق تبلغ إلى رئيس اللجنة الدائمة للمركز الذي يؤكد هذا الإختيار. أما في صورة مـا إذا لـم يتوصل الطرفان إلى تعيين هذا الخبير فإنه يقع تعيينه من طرفه (530).

وكما هو الشأن بالنسبة للمحكم، فإن اللائحة الحالية لسنة 1993 تنص على إمكانية إستبدال الخبير. وهكذا وطبقا للمادة 7 من اللائحة، فإن قرار إستبدال خبير بآخر يرجـع بالنظر إلى رئيس اللجنة الدائمة للمركز، إذا تبين له أن أحد الطرفين قد أبـدى تحفظـات تتعلق أصلا بشخص الخبير، كعدم كفائته أو إنحيازه لصالح طرف على حساب الطـرف الآخر. كما يمكن لرئيس اللجنة أن يستبدل الخبير، إذا لاحظ أنه لم يؤدي الوظائف التـي أسندت إليه طبقا للائحة، أو أنه لم يقم بها في الآجال المحددة (531).

(527) نقصد باللائحة هنا، لائحة الخبرة للمركز الدولي التابع للغرفة الدولية للتجارة والتي دخلت حيز التنفيذ في غـرة جانفي سنة 1993، راجع منشورات الغرفة، ديسمبر 1993.

(528) راجع المادة 5 فقرة 1 من لائحة الخبرة للغرفة لسنة 1993.

(529) نفس المرجع.

(530) أنظر المادة 5 فقرة 2، نفس المرجع.

(531) راجع المادة 7 فقرة 2 من اللائحة، نفس المرجع.

وفي غير هذه الحالات، فإنه يجوز عموما لرئيس اللجنة أن يستبدل خبيـرا بـآخر عند المرض مثلا أو لظهور طارئ قد يجعله في وضعية لا تسمح له بأداء مهمتـه فـي أحسن الظروف. في الحقيقة لا يمكن حصر حالات المانع وهي كثيرة في الواقع. إلا أنـه خلافا للائحة الخبرة للعام 1976 التي تشترط لإستبدال الخبير أن يراعى في ذلك حقه في الدفاع عن نفسه (532)، فإن اللائحة الحالية لا تسمح له بذلك. نعتقد أن إسقاط هذا الحق من النص القديم يشكل إخلالا بحق الدفاع المكفول مبدئيا لأي خبير حتى يسمح له بأن يشرح موقفه من وضعية قد لا يكون هو المتسبب فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة. إلى جانب كون هذا الإسقاط يعد في نظرنا تقهقرا وتراجعا بالنظر إلى النظام السابق.

أما على صعيد الشروط الواجب توافرها في الخبير، فإنها نفس الشروط التي تطبق على المحكم. ففي المقام الأول، يجب أن يكون الخبير أمينا وغير منحاز من خلال إعمال المعايير التالية: الإستقلالية التي يجب أن يتمتع بها الخبير إزاء الأطراف، إلـى جانـب معايير الجنسية والإنتماء والإقامة بالنظر إلى البلدين اللذين ينتميان إليهما طرفا النـزاع. بالنسبة لمعيار الإستقلالية، فإن الجديد الذي أتت به لائحة سنة 1993 مقارنة بسابقتها هي أنها تدعو الخبير إلى توجيه تصريح للمركز يؤكد فيه إستقلاليته (533). أمـا فـي المقـام الثاني، فعلى الخبير أن تتوفر فيه شروط التأهيل والكفاءة والتي تتفق حولها جل اللـوائح التحكيمية.

لم تشر في الحقيقة لائحة الخبرة إلى شرط الكفاءة بعينه، ولم تخصص له أي مادة بعينها، وإنما يمكن إستخلاص شرط الكفاءة في نظرنا، من الفقرة الثانية من المادة 7 التي تشير إلى إمكانية إستبدال الخبير عندما يثير أحد الطرفين إعتراضا يتعلق بشخص الخبير نفسه. وهذا يعني بطريقة غير مباشرة، أن من بين العيوب التـي يمكـن أن تثـار إزاء شخصه هي عدم كفاءته وقدرته المهنية على القيام بالخبرة طبقا للأحكام التي جاءت بهـا لائحة سنة 1993.

---

(532) راجع مادة 5 فقرة 2 لائحة الخبرة للغرفة لسنة 1976.
(533) أنظر المادة 6 من اللائحة.

المطلب الثاني: مهام الخبير

بعد تعيينه، يقوم الخبير بالمعاينات ويكون ذلك بصفته الشخصية وحضوريا وفـي الحدود المقررة من قبل اللائحة وطبقا لعريضة الخبرة. إن الخبرة الحضورية هو إجـراء معمول به حتى في القوانين الوضعية، ومن بينها قانون الإجراءات المدنيـة الجزائـري. وتتمثل الصيغة الحضورية هنا، في إستدعاء الخصوم عند المعاينة. ويشكل هذا الإجـراء شرطا جوهريا une condition substantielle لصحة المعاينة وإلا تعرض عمل الخبير إلـى البطلان (534).

بالنسبة للمهام المطلوبة من الخبير طبقا للائحة، فإنه يجوز للطرفين أن يتفقا علـى توسيعها إلى مهام أخرى. وهذا الإتفاق على توسيع مهام الخبير يمكن أن يدرجانـه فـي العقد الأصلي أو في العريضة المشتركة التي يقدمانها لأمانة المجلس مـن أجـل تعيـين الخبير. والمهام الموسعة التي من الممكن تكليف الخبير بها هي وضع توصـيات تتعلـق بتنفيذ العقد بشكل متوازن، أو إقتراح إجراءات بديلة ترتبط بالمحافظـة علـى الأشـياء المتنازع عليها في إنتظار الفصل في مصيرها (535). أو كأن يكون موضوع التوصـيات إقتراح حلول فنية بديلة، تتعلق بتقنيات الإنتاج وهو الجانب المـادي اللصـيق بالعمليـة الإستثمارية أو إقتراح مراقبة لتكوين المستخدمين من أجل مرحلة مـا بعـد الإسـتثمار ووضع تقييم مستمر لمدى تطابق هذا التكوين مع بنود العقد وهو الجانب المتعلـق بنقـل التكنولوجيا. ومن أجل التنفيذ الدقيق لكل هذه المهام، وغيرها فإن على "الطرفين أن يلتزما بتقديم كل التسهيلات وخاصة منحه الوثائق التي يراها ضرورية كما عليهما أن يسمحا له بالإنتقال بكل حرية إلى أماكن تنفيذ العقد" (536).

أما مصير الملاحظات والنتائج التي من الممكن أن يتوصل إليها الخبير، فإن الفقرة 3 من المادة 8 من لائحة الخبرة تنص على أنه "إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك، فلن تكون للمعاينات والملاحظات والتوصيات القيمة النهائية والملزمة لهم".

---

(534) أنظر المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية.

(535) راجع المادة 8-1-ب من لائحة الخبرة للغرفة، المرجع السابق، ص. 12.

(536) أنظر المادة 8-1-2 نفس المرجع.

ولكن هذا لا يمنع بالمقابل، أن تحتفظ أعمال الخبير بقيمتها كوسيلة إثبات علـى الأقـل. وهي الوسيلة التي يمكن لمن كان طرفا في النزاع أن يدفع بها أمام القاضـي أو المحكـم لإثبات حق يعود إليه.

أما عن موقف المحكمين من نتائج الخبرة، فإنهم قد يأخذون بها وقد لا يأخـذون. ولكن الأهم في نظرنا، هو ما إذا كان الطرفان سوف يعتبران النزاع مجرد حجزة عشرة في علاقات إقتصادية يريدانها مستديمة. إلا أننا نعتقد أن ذلك يبقى مرهونا بمـدى قـدرة الطرفين على تجاوز خلافهما.

ولكن خارج التحكيم كطريق لحل النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بـين الدولـة والمستثمر الأجنبي، فإن هذا الأخير لا يمكن أن يتجاهل البتة القوانين الداخلية لبلد مضيف للإستثمار مثل الجزائر وخاصة تلك المرتبطة بالإختصاص القضائي الـذي يعـود إلـى محاكمها، حتى وإن تعلق الأمر بعملية إستثمارية الطرف فيها هو أجنبي لا يثق مبدئيا في محاكمها. لأنه ببساطة هنالك من النزاعات التي لا يمكن إخضاعها للتحكيم لإرتباطها أشد الإرتباط بما يسمى بالسيادة القضائية للدولة.

البـاب الثانـي

خضوع نزاعات الإستثمار الأجنبي إلى المحاكم الداخلية

يتعلق الأمر هنا، بالبحث عن أي من المحاكم الداخلية التي يعود إليها النظـر فـي نزاعات الإستثمار الأجنبية في الجزائر، لأنه ببساطة، قد تكون هـذه المحـاكم الداخليـة المحاكم الإدارية أو المحاكم العادية وهذا بحسب نوع النزاع.

- فإذا كان النزاع ناشئا بين الدولة الممثلة فـي الوكالـة الوطنيـة لتطـوير الإسـتثمار والمستثمر الأجنبي في خصوص الشروط الواجب توفرها للحصول علـى المزايـا أو إذا كان النزاع يتعلق بالجانب الجبائي من العملية الإستثمارية، والذي يربط بين الدولة ممثلة في إدارة الضرائب والمستثمر الأجنبي. فإنه بالنسبة لهذين النوعين من النزاعات تكـون المحاكم الإدارية هي الوحيدة المختصة مبدئيا للنظر في هذه النزاعات (الفصل الأول).

- أما إذا كان النزاع يتعلق بنشاط الشركة المختلطة في إطار إتفاقيات للشركة أو في إطار الإستثمار المباشر، فإن هذا النوع من النزاعات يخضع أغلبها بالضرورة إلـى المحـاكم العادية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: خضوع النزاعات المتعلقة بالإستثمار الأجنبي إلى المحاكم الإدارية

هنالك نوعان من النزاعات التي يمكن إخضاعها إلى المحـاكم الإداريـة. النـوع الأول، وهو النزاع الذي ينشأ بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI) والمستثمر الأجنبي، عندما ترفض الوكالة أن تمنح المستثمر المزايا طبقا للشروط المحددة في الأمر المتعلق بتطوير الإستثمار (337) (المطلب الأول). أما النوع الثاني من النزاعـات فيتعلـق بالجباية اللصيقة بعملية الإستثمار (المبحث الثاني).

---

(537) راجع المادة 7 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير الإسـتثمار. الجريـدة الرسمية عدد 47، ص. 05.

المبحث الأول: النزاعات الناشئة عن العلاقة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI) والمستثمر الأجنبي

تقوم تسوية النزاعات في العلاقة بين الوكالة والمستثمر الأجنبي على طريقتين. إما اللجوء إلى المحاكم الإدارية، وهذا هو المبدأ (المطلب الأول) أو اللجوء إلى الطريقة البديلة، ألا وهي التسوية عن طريق إبرام إتفاقية للإستثمار بين الوكالة والمستثمر الأجنبي عندما يتعلق موضوع التسوية، بمشاريع كبرى ذات بعد وطني. وقد كانت لوكالة ترقية ومتابعة الإستثمارات ودعمها (APSI) سابقا فرصة إبرام إتفاقية في هذا الإتجاه، مع مستثمرين عرب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الوسيلة الإدارية

يحدد الأمر 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار الوظائف المخولة للوكالة وهي عديدة من بينها وظيفة الترقية والمتابعة ومنح المزايا المرتبطة بالإستثمار (538). وقد أنشأ ضمن الوكالة شباك وحيد يضم الإدارات والهيئات المعنية بالإستثمارات (539). كما أنها تقوم بمساعدة المستثمرين على القيام بالإجراءات الإدارية المرتبطة سواء بمرحلة إنطلاق أو إنجاز المشاريع. وفي هذا الإطار، فهي تضع كل المعلومات ذات الطابع القانوني والإقتصادي والمالي والتكنولوجي تحت تصرف المستثمرين. كما تعمل على حل المشاكل التي تعترضهم خلال مباشرة مشاريعهم الإستثمارية وهي بذلك تشتغل كسند للمستثمر أكثر مما تعمل كهيئة حكومية (540). تشكل عملية منح المزايا المرتبطة بالإستثمار من أهم العمليات التي تقوم بها الوكالة. الإستثمار هنا ممكن أن يأخذ شكلين من المشاريع، مشاريع صغيرة ومشاريع كبيرة تجدر الإشارة في هذا الباب، إلى أنه بعد الطلب المقدم من طرف المستثمر الأجنبي (541)، تقوم الوكالة

---

(538) أنظر المادتين 21 و32 من الأمر السالف، المرجع السابق.

(539) إن الإدارات المعنية بالإستثمار هي وزارة المالية (ضرائب وجمارك) ووزارة التجارة ووزارة الخارجية ووزارة الصناعات الصغيرة والمتوسطة وغيرها. وهذه الإدارات المركزية تخول تفويضا بمقتضى المادتين 23 و25 من الأمر للوكالة حتى تتمكن من تسليم المستثمر كل الوثائق والتراخيص الضرورية لإنجاز الإستثمار.

(540) يوجد مقر الوكالة في مدينة الجزائر إلى جانب مكاتب جهوية من المزمع إنشاؤها مستقبلا وهي الهياكل المنصوص عليها في المادة 22 من الأمر إلى جانب إمكانية إنشاء مكاتب تمثيل للوكالة في الخارج.

(541) راجع المادة 4 فقرة 3 من الأمر 01 - 03 المتعلق بتطوير الإستثمار، المرجع السابق.

بمنح المزايا لفائدة المشاريع الإستثمارية المقترحة بالإستناد إلى الشروط المحـددة مـن طرف المجلس الوطني للإستثمار (542). ثم إثر فحص مدى تطابق المشـاريع المقترحـة تتخذ الوكالة قرارها. وقد يكون هذا القرار قرارا بالقبول أو برفض المزايا فـي مـدة لا تتجاوز ثلاثين يوما إبتداء من تاريخ طلب الإستفادة من المزايا المقدم من قبل المسـتثمر الأجنبي. الملاحظ هنا، أن بداية سريان المدة القانونية لتبليغ القـرار مـن قبـل الوكالـة للمستثمر يبدأ من تاريخ طلب الإستفادة من المزايا. والغاية من إختيـار المشـرع لهـذا التاريخ كنقطة إنطلاق لسريان ميعاد الثلاثين يوما لإصدار القرار بالرفض أو بالقبول هو إضفاء الفعالية على عمل الوكالة. من جهة أخرى، فإن المشرع لما نظم هذه المدة وجعل بداية سريانها من تاريخ طلب الإستفادة من المزايا، فهذا يعني، أنه لا يمكـن أن تسـري المدة القانونية لرد الإدارة خارج هذا التاريخ. أما عن الشكل الذي يجب أن يكون عليه هذا الطلب (543)، فلا يمكن أن يأخذ - في نظرنا - إلا شكلا كتابيا، إلى جانب كونه يجـب أن يكون صادرا عن المستثمر لا عن وكيله. أما عن التصريح بالإستثمار فسوف لن يخـرج عن الإطار العام الذي حددته المادة 2 من الأمر 01-03 والتي تعني بمصطلح إسـتثمار تحديدا إما "... إستحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة .. أو المساهمة في رأس مال مؤسسة ... أو إستعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية". وإذا كان التصريح بالإستثمار ليس ضروريا للإستفادة من المزايا، فإنـه على النقيض من ذلك، يعد طلب المزايا في ظل قانون الإستثمار الجديد شرطا لا بد منـه une condition sine qua non لبداية سريان المدة القانونية لتبليغ قـرار الإسـتفادة أو قـرار الرفض الموجه من الوكالة إلى المستثمر. وهو ما يبرر وجود رقابة قبلية تمارسها الوكالة للتأكد من مدى مطابقة الطلب La conformité de la demande حتى يتمكن المسـتثمر مـن الإستفادة من المزايا المطلوبة. ولكن، هل أن الوكالة ملزمة بالمدة المقررة وهي كما نعلم ثلاثون يوما للرد على طلب الإستفادة من المزايا؟ إن الوكالة هي ملزمة بالمدة المحددة

(542) أنظر المادة 3 في نفس الأمر، نفس المرجع.

(543) تجدر الإشارة إلى أنه يحدد شكل طلب المزايا عن طريق التنظيم وهذا طبقا لما ورد في المـادة 5 مـن الأمـر السالف الذكر، المرجع السابق.

للنظر في مدى تطابق طلب المزايا مع الشروط التي يحددها المجلس الوطني للإسـتثمار. ولكن بما أن المادة 7 من الأمر 01-03 قد حددت سريان ميعاد تبليغ قرار منح المزايا أو رفضها للمستثمر من "تاريخ إيداع طلب المزايا" فهي تختلف بذلك عن المادة 9 فقـرة 1 من المرسوم 93-12 السابق التي كانت تربط إنطلاق مدة التبليغ الـذي كـان شـهران، بتاريخ إيداع طلب الإستفادة من المزايا وبالإيداع النظامي للتصريح بالإستثمارات. لـذا، نعتقد أن النظر في مدى تطابق طلب المزايا مع الشروط المحددة مـن طـرف المجلـس الوطني للإستثمار لن يكون فوريا ومتزامنا مع التصريح بالإستثمارات، ولكن في مرحلة قبلية عن التصريح لأن قبول أو رفض المزايا هو مرتبط فقط في ظل الأمر الجديد بطلب المزايا وليس بالتصريح (544). من جهة أخرى، يمنح الأمر الوكالة ثلاثين يومـا لتبليـغ المستثمر قرار منح أو رفض المزايا المطلوبة. ولكن لماذا ثلاثون يوما فقط وليس أكثر أو أقل؟

نعتقد، أن المشرع لما حدد مدة تبليغ القرار بثلاثين يوما، ربما رأى أن هذه المـدة هي كافية لكي تدرس الوكالة طلب المزايا المودع من طرف المستثمر والرد عليـه فـي المدة المطلوبة، وربما أيضا رغبة من المشرع في أن يكون رد الوكالة سـريعا، لتفـادي الثقل في الإجراءات وحتى لا يفرغ وصف الوكالة بالشباك الوحيد من أي محتوى. ولكن بالمقابل، هل يمكن القول أن حصر التبليغ في مدة محددة قد يشكل إلتزاما بتحقيق غايـة يقع على الوكالة، أم أن هذه الأخيرة لا يمكن إلا أن تبذل قصارى جهدها لدراسة الطلـب المقدم من طرف المستثمر آخذة في عين الإعتبار الوقت المحدد لذلك؟ حتى وإن كنا نقبل الإلتزام بتحقيق نتيجة من جانب الوكالة، إلا أن هذا الإلتزام هو غير قابل للتحقيق عمليا، لأن المبدأ هو أن رد الإدارة عادة ما يكون في غضون ثلاثة أشهر وهي تعد مدة كافيـة ومعقولة في نظرنا لكي تدرس الوكالة الملف المقدم من قبل المستثمر وترد عليه عـوض مهلة شهر واحد المقررة من طرف الأمر 01-03 لسنة 2001. وهي مهلة نعتقد أنها

(544) Voir articles 7 al 1 de l'ordonnance n° 01-03 précité et art 9al 1 du décret législatif n° 93-12 du 5 octobre 1993, J.O. n° 64, p. 131. Aussi, Bencheneb. A, La loi algérienne du 5 octobre 1993 relative de l'investissement », R.T.D, 1995, p. 44

قصيرة وغير كافية، خاصة إذا كانت المشاريع المصرح بها هـي مشـاريع ذات أهميـة وطنية (545) لأنه لا يعقل إعتماد مدة واحدة لمشروعين يختلفـان مـن حيـث الحجـم والنوعية والتأثير، مشاريع من الحجم الصغير وأخرى من الحجم الكبيـر، وخاصـة إذا كانت هذه الأخيرة ذات إنعكاس على الإقتصاد الوطني.

بالمقابل، نلاحظ أن الأمر المتعلق بتطوير الإستثمار لا ينص على أي جزاء فـي حال عدم إحترام الوكالة لمهلة ثلاثين يوما. ثم هل أن أجل ثلاثين يوما هو مجـرد أجـل تقريبي، يجوز للوكالة عدم إحترامه؟ إن جوابنا عن هذا السؤال لا يمكـن أن يكـون إلا بالنفي لأن مهلة ثلاثين يوما هي مهلة قانونية وليست مهلة إتفاقية un délai légal et non pas un délai conventionnel وبالتالي، فلا يجوز تمديدها أو تقليصها عن طريق الإتفـاق. مـن جهة أخرى، نعتقد أن مدة ثلاثين يوما من شأنها أن تسمح للوكالة بالنظر في مدى تطابق طلب المزايا مع شروط المجلس الوطني للإستثمار، وخاصة ما يتعلـق منهـا بالملائمـة الإقتصادية للمشروع l'opportunité économique du projet وهذا ينسجم في حقيقة الأمر، مع سلطة التقويم التي تتمتع بها الوكالة بعد الإيداع وهذا طبقا للمادة 7 من الأمـر السـالف الذكر. ولكن ماذا عن سكوت الوكالة؟ وبعبارة أخرى، ماذا لو لم ترد الوكالة عن طلـب المستثمر؟

يعد سكوت الوكالة بعد مضي ثلاثين يوما من إيداع طلب المزايا من قبل المستثمر رفضا ضمنيا لطلبه (546). إضافة إلى أن المدة المقررة - كما قلنا - هي مـدة قانونيـة لا يمكن تجاوزها بأي حال من الأحوال.

من جهة أخرى، يعتبر قرار الوكالة من القرارات الإدارية الأحادية وهـو شـبيه بالإعتماد agrément أين تجد الإدارة نفسها حرة في منح أو في عدم منح الإعتماد وكـذلك عدم تسبيب قرارها في حالة الرفض. إن أحد الإنتقادات التي يمكن أن توجه إلى الأمـر الجديد هو عدم تنصيصه على وجوب تسبيب قرار الرفض. نعتقد أن تسبيب قرار الرفض

(545) راجع المادة 10 فقرة 2 من الأمر المتعلق بتطوير الإستثمار، المرجع السابق، ص. 6.

(546) راجع المادة 7 فقرة 4 من الأمر 01-03، المرجع السابق.

هو تأكيد لمبدأ الشفافية التي يجب أن تضفى على أعمال الوكالة في علاقاتها مع المستثمر.

من جانب آخر، نص الأمر 01-03 على سحب المزايا إذا لم يحترم المستثمر "آجال الإنجاز وشروط منح المزايا". يمكن إعتبار هذا السحب شكلا من أشكال الرفض الذي يأتي في طور المتابعة (547).

إلا أنه خارج حالة السكوت والرفض الصريح للمزايا المطلوبة، فإن الأمر السالف الذكر قد منح المستثمر في حال عدم إقتناعه بالقرار الصادر عن الوكالة حق التظلم لدى السلطة الوصية. ولهذا الغرض، تنص المادة 7 فقرة 4 من الأمر المذكور على أنه "في حالة عدم الرد من قبل الوكالة أو الإعتراض على قرارها، يمكن أن يقدم المستثمر طعنا لدى السلطة الوصية على الوكالة التي يتاح لها أجل أقصاه خمسة عشرا (15) يوما للرد عليه". تعطي هذه المادة للمستثمر حق التظلم الإداري لدى الجهة الوصية في حالة رفض طلب المزايا الذي يكون قد تقدم به إلى الوكالة. إن المقصود بالجهة الوصية هي رئيس الحكومة وذلك تطبيقا للمادة 6 من الأمر المذكور التي تنص على أنه "تنشأ لدى رئيس الحكومة وكالة وطنية لتطوير الإستثمار وتدعى في صلب النص وكالة". يعرف التظلم الإداري عموما على أنه إجراء يوجه من ذي الشأن ضد قرار غير مشروع للإدارة من أجل إعادة النظر فيه (548). كما يمكن إعتبار هذا الإجراء كشرط ضروري بالنسبة للدعوى الإدارية بصفة عامة ودعوى الإلغاء بصفة خاصة (549).

مر التظلم الإداري المسبق في الجزائر بمرحلتين، مرحلة ما قبل سنة 1990 أين إعتبر فيها المشرع الجزائري التظلم الإداري، المسبق كشرط ضروري لا بد لصاحب الشأن أن يتبعه في المرحلة الإدارية، كما إشترطه المشرع بالنسبة للمرحلة القضائية حيث

---

(547) أنظر المادتين 32 و33 من نفس الأمر، نفس المرجع.

(548) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائق أنجق وبيوض خالد، د. م. ج 1983، ص. 69-89.

(549) عمار عوابدي، المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري وفكرة القرار السابق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، عدد 02، 1994، ص. 438-472. راجع أيضا، فاطمة بن سنوسي، "مبدأ وجوب التظلم السابق كشرط من شروط قبول الدعوى"، المجلة الجزائرية، رقم 02، 1996، ص. 330.

لا تقبل الدعوى الإدارية إذا لم يتوفر فيها هذا الإجراء وهذا بناء علـى المـواد 7 و169 مكرر و275 من قانون الإجراءات المدنية. أما في مرحلة ما بعد سنة 1990 فقد عـرف التظلم الإداري المسبق تغييرات، وذلك بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية في سنة 1990 وقد شمل هذا التعديل المواد 7 و275 و169 مكرر. وهكذا، فقد حذفت المادة 169 مكرر من نفس القانون التظلم الإداري المسبق بالنسـبة للقـرارات الصـادرة عـن الهيئـات اللامركزية. ومقابل هذا الإلغاء أحدث المشرع إجراء الصلح. أما بالنسـبة للمـادة 275 وبالضبط، في شقها المتعلق بالتظلم الإداري المسبق، فإن التظلم الإداري لا زال معمـولا به بالنسبة للقرارات الصادرة عن الهيئات المركزية مثل رئاسة الحكومة.

بعد هذا العرض الموجز لمراحل التظلم الإداري المسبق، فإن السؤال الذي يتبـادر إلى الذهن، كيف يمكن تكييف التظلم الإداري لدى رئيس الحكومة على ضـوء المـادة 7 فقرة 4 من الأمر 01-03، هل أنه تظلم إداري ولائي أم رئاسي وما إذا يمكـن إعتبـاره تظلما إداريا مسبقا أم لا؟

بالنسبة لنوع التظلم الإداري الموجه إلى الإدارة تنص المـادة 275 مـن قـانون الإجراءات المدنية على نوعين من التظلم الإداري وهما التظلم الولائي والتظلم الرئاسـي وعرفت كلا منهما بقولها "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعـن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلو مباشرة الجهة التي أصـدرت القـرار فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه". المقصود "بالطعن التدرجي" في هذه المادة هو الطعن الذي يرفع إلى السلطة التي تعلو من أصدر القرار. وعليه، فالتظلم الرئاسي يوجه إلى الجهة الإدارية التي تعلو مباشرة الجهة التي أصدرت القرار ولـيس إلـى السـلطة الرئاسية الأعلى الموجودة في قمة الهرم السلمي. أما عن التظلم الولائي فيقصد به التظلم الموجه إلى السلطة نفسها التي أصدرت القرار.

وقد جرى عادة التمييز بين هذين النوعين من التظلم، وإن كانت القاعـدة هـي أن التظلم لا يكون إلا رئاسيا. بمعنى آخر، لا يلجأ إلى التظلم الولائي إلا إستثناء أي في

الحالات التي لا يكون لمصدر القرار رئيسا (550). وإن كان حتى هذا التمييز هـو غيـر واضح حتى في أحكام المحكمة العليا نفسها لأن الإزدواج الوظيفي قد يكون سببا أحيانـا في حجب هذا التمييز (551) ولكن في حالة رئيس الحكومة، فتجدر الإشارة هنـا إلـى أن الطعن الموجه إليه كسلطة وصائية يمكن إعتباره نوعا من أنواع الطعون الرئاسية خاصة وأن النظام الفرنسي والجزائري قد عرف تطبيقات واسعة له (552).

من جهة أخرى، نلاحظ لدى قرائتنا للمادة 7 أنها عندما نصت على التظلم الإداري لدى رئيس الحكومة، فإنها لم تتحدث إطلاقا عن الميعاد الذي يجوز للمستثمر أن يرفع فيه تظلمه، ولا عن الجزاء في حال مخالفته هذا الميعاد ولا أيضا عـن الطبيعـة القانونيـة للتظلم. وبعبارة أخرى هل هو مسبق أو غير مسبق؟

نعتقد، أن المشرع لما أعفى التظلم من أي ميعاد فقد أراد من خلال ذلك عدم ربط التظلم بأي شكلية حتى لا يصبح الميعاد شرطا من شروط قبول التظلم. بالإضافة إلـى أن هذا الإعفاء يمثل رغبة منه في إضفاء نوع من المرونة على التظلم. ولكن بالمقابل يخشى على التظلم إذ يصبح بيد المستثمر الأجنبي، فيصبح له الحق في أن يرفعه في أي لحظـة يريد، بدون ضابط زمني محدد المدة ونقطة الإنطلاق. إننا نعتقد، أن مثل هذا الفراغ مـن شأنه أن يطيل في عمر التظلم حتى وإن كان يراد منه في الحقيقة - كما قلنـا - المرونـة والسعة حتى يتمكن المستثمر من رفع تظلمه وقت ما يريد بدون عناء ولا ضـابط. إلا أن هذا الإعفاء من الميعاد يبقى خصوصية يتميز بها قانون الإستثمار الجديد بإعتباره قانونـا خاصا.

من جهة أخرى، نلاحظ أن المشرع لم يتكلم في المادة 7 فقرة 4 عن الشكل الـذي يجب أن يأخذه التظلم الإداري لدى رئيس الحكومة. إلا أن القاعدة المعمول بها وهو أن

---

(550) وقد أكدت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا على هذا النوع من التظلم الإداري الواجب رفعه لوجود سلطة رئاسـية تمارس رقابة على مصدر القرار الإداري: المحكمة العليا – الغرفة الإدارية، قضية رقم 70732 بتاريخ 1990/05/10 بين السيد إبن زيدان ضد رئيس المجلس الشعبي لبلدية بوعنداس، ولاية سطيف.

(551) أنظر في ذلك: مسعود شيهوب، تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 29588 الصادر بتاريخ 19 مـارس 1983 مجلة الفكر القانوني، عدد 3 سنة 1984، ص. 148.

(552) راجع مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، والإجراءات المقامة أمامها، الجزء الثـاني، ديـوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص. 313.

التظلم أمام أي جهة إدارية لا يمكن أن يكون إلا في شكل عريضة تكون مكتوبة وموقعة من طرف المعني. وبمعنى آخر، أن الطعن لا يمكن أن يأخذ شكلا آخر من أشكال الكتابة غير العريضة، كالتليكس مثلا أو الفكس أو التليغراف.

ففي قرار مؤرخ في 7 فيفري 1973 صادر عن مجلس قضاء قسنطينة والفاصل في المادة الإدارية قضى فيه المجلس بعدم قبول التظلم على أساس "أن تلغرافا لا يمكن أن يشكل تظلما مسبقا صحيحا" (553) وعكس هذا الموقف المتشدد من جانب فقه القضاء الجزائري، فإن إجتهاد القضاء الفرنسي كان أقل تشددا، عندما قرر مجلس الدولة الفرنسي في 28 جويلية سنة 1952 بقبول عريضة التظلم حتى وهي في شكل تلغراف وغير ممضاة ومقدمة خارج الميعاد القانوني (554). من جهة أخرى، إلى جانب كون التظلم يجب أن يكون في شكل عريضة، يجب أيضا أن تكون هذه العريضة موقعة من قبل المستثمر وهي أيضا قاعدة معمول بها في جميع التظلمات. والتوقيع يفيد هنا، أن العريضة يجب أن تصدر عن صاحب الشأن أي المستثمر ولا عن وكيل له. أما عن كيفية تقديم التظلم لدى السلطة الوصية، فليس هنالك في المادة 7 فقرة 4 ما يدلنا على ذلك . إلا أن المعمول به أيضا، هو إما إيداع التظلم لدى مكتب رئيس الحكومة مقابل وصل إيداع أو إرسال عريضة التظلم عن طريق البريد مع الإشعار بالوصول وليس عن طريق البريد العادي. ويعد عمليا تاريخ تسلم الطعن، أي وروده إلى رئاسة الحكومة بداية سريان رد رئيس الحكومة الذي منحه الأمر المتعلق بتطوير الإستثمار أجل خمسة عشرة يوما للإجابة على عريضة المستثمر. وإن كان يجوز في غياب أي نص أن يأخذ شكلا شفاهيا (555) إلا أن ما يجب التنبيه إليه، هو أن العريضة الموجهة إلى رئيس الحكومة بإعتباره الجهة الوصية يجب أن ترفق عمليا بقرار الوكالة موضوع الطعن، حتى يتمكن رئيس الحكومة من النظر في قرار الوكالة بالنظر إلى العريضة المقدمة من المستثمر.

---

(553) Cour de Constantine statuant en matière administrative, 7 février 1973, Dame Veuve Adjoun Méziane et consorts contre APC (w. de sétif) cité par Ben Badis Fawzia, in la saisie du juge administratif, OPU, 1985, thèse, p. 115.
(554) Conseil d'Etat 28 Juillet 1952, Jaubet. Cité par R. Odent, in Le contentieux administratif, Les cours du Droit 1970-1971, fascicule III, p. 910.
(555) Eugénie. P, Les recours administratifs obligatoires. Etude comparée des droits allemand et français, L.G.D.J. Paris 1996, p. 194.

وبعبارة أخرى، تقدير مدى وجاهة الطعن المقدم من طرف المستثمر من عدمه.

يجب الإعتراف بأن السلطة التقديرية التي يتمتع بها رئيس الحكومة هنا، هي مقيدة بقرار الوكالة وبالشروط التي يحددها المجلس الوطني للإستثمار حتى يحصل المستثمر الأجنبي على المزايا. إلا أنه في جميع الصور، فإن الهدف الأخير من هذا الطعن الإداري المرفوع لدى رئيس الحكومة، يبقى إعطاء ضمان أكبر للمستثمر، حتى يدافع عن مزايا كان قد طلبها ولكن الوكالة تغاضت عنها، أو لم تراعي الوكالة في عملية التقويم القبلي للمشاريع شروط الحصول على المزايا المحددة من طرف المجلس الوطني للإستثمار والتي يقع على أساسها منحها إياه (556).

ولكن في حالة قبول أو رفض الطعن، فإن رد رئيس الحكومة لا بد أن يبلغ إلى المستثمر في ظرف خمسة عشرة يوما، إبتداء من تاريخ تسلم الطعن. ولكن هذا الرد لا يمكن أن يأخذ إلا شكلين. إما أن يصدر رئيس الحكومة قرارا صريحا بقبول أو بعدم قبول التظلم الذي يكون المستثمر قد طلب بواسطته إعادة النظر في القرار الأصلي للوكالة.

إلا أن المادة 7 فقرة 4 من الأمر السالف الذكر، لم تنص على حالة سكوت رئيس الحكومة. في مثل هذه الوضعية، نعتقد، أنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة المعمول بها في حالة السكوت، سواء من حيث السكوت في حد ذاته الذي يعتبر قرارا بالرفض الضمني للطعن، أو من حيث المدة التي يستغرقها الجواب وهي عادة مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر. ولكن خارج حالة السكوت هذه، فإن الرد الصريح بالقبول أو بالرفض يجب أن يصدر عن رئيس الحكومة في "أجل أقصاه خمسة عشرة (15) يوما".

المشكل هنا، هل يمكن إعتبار هذه المدة، مدة محددة أو مدة تقريبية؟ لا يمكن - في نظرنا - إعتبار مدة 15 يوما مدة تقريبية وبالتالي فهي لا يمكن أن تكون إلا مدة محددة. وتبعا لذلك، فرد رئيس الحكومة لا يمكن أن يتعدى الأجل الممنوح له وإن كان يجوز له بإعتباره أن مدة خمسة عشرة يوما هي مدة قصوى، أن يأتي برد في أقل من هذه المدة.

---

(556) وهنا نتساءل ما الفائدة من قرار المزايا الصادر عن الوكالة في وجود سلطة تقديرية للمجلس الوطني للإستثمار الذي يعود إليه الفصل في هذه المزايا. بالإضافة إلى كون تدخل هيئتين في نفس الموضوع قد ينذر بإحتمال حدوث تداخل في الصلاحيات بين هاتين الهيئتين. وهو الشيء الذي لن يكون في مصالح المستثمر لإحتمال صدور قرارين متناقضين، خاصة وأن المشرع قد إستعمل عبارة "يفصل في المزايا" عندما يتكلم عن المجلس الوطني للإستثمار ولم يستعمل كغير العادة "يبدي رأيا" في معنى الرأي الإستشاري المخول في الغالب للمجالس.

ولكن هل يمكن إعتبار 15 يوما مدة معقولة وكافية أو على النقيض من ذلك هـي قصيرة، إذا نظرنا إلى ما هو مكرس في القانون العام en droit commun وهو منح ثلاثـة أشهر للإدارة حتى ترد على التظلم حتى وإن جزمنا بأن القانون الذي ينظمها هو قـانون خاص وأن القانون الخاص هنا يقيد العام؟ نعتقد أن مدة خمسة عشر يوما هي مدة قصيرة، إذا قارناها بما هو معمول به وبملفات الطعن التي قد تتطلب دراسة وافية، خاصة إذا كان موضوعها مشاريع مهمة نسبيا وفي مجالات متخصصة. ولكن قد يكـون للمشـرع رأي آخر، ألا وهو الإسراع في الرد لتفادي المماطلات البيروقراطية التي هي كثيرا ما تكـون محبطة للعزائم ومعرقلة للعمليات الإستثمارية.

ولكن من جهة أخرى، ماذا عن التظلم الإداري المرفوع من قبل المسـتثمر، هـل يمكن تكييفه على أنه تظلم مسبق؟ للإجابة عن هذا السؤال، وجب علينـا أن نسـتعرض حالتين: الحالة الأولى، إذا إعتبرنا أن التظلم يعد شرطا من شروط الدعوى الإداريـة وأن الجزاء المترتب عن عدم القيام بهذا التظلم، هو عدم قبول الدعوى شكلا طبقا للمادة 275 من قانون الإجراءات المدنية (557) وتمشيا مع الموقف المستقر لفقه القضـاء الجزائـري (558). وعلى هذا الأساس، فإن التظلم الإداري لدى رئيس الحكومة لا يمكن أن يكـون إلا مسبقا، لعلاقته بمرحلة لاحقة هي المرحلة القضائية.

أما الحالة الثانية، وهي إذا إعتبرنا أن التظلم لدى رئيس الحكومة لا يمكن أن يكون مرتبطا بمرحلة تقاضي لاحقة، فإنه، لا يمكن أن نعتبره تظلما إداريا مسبقا. وعليه، فـإن الإحتجاج لدى رئيس الحكومة يعد فقط من قبيل الطعن الإداري الغير مسبق. وهي خاصة تميز بها قانون الإستثمار القديم وهي لا زالت عالقة بالقانون الجديد للإستثمار (559).

---

(557) نفس المادة 275 من ق.إ.م على أنه "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعـن الإداري التـدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية".

(558) إستقرت المحكمة العليا على الأخذ بهذه القاعدة، أنظر الأحكام الصادرة عن الغرفة الإداريـة للمحكمـة العليـا، القرار رقم 29840 بتاريخ 25 ديسمبر 1982 في قضية، س.ز ضد مدير الثقافة لولاية ... وكذلك القرار رقم 36878 بتاريخ 09 جوان 1984 في قضية ب.م.ط ضد المنظمة الجهوية للمحامين بالجزائر، هذه الأحكام مذكورة من طـرف مسعود شيهوب.

(559) أنظر المادة 9 فقرة 2 من المرسوم التشريعي السابق والمتعلق بترقية الإستثمار وكذا المادة 7 فقرة 4 من الأمـر رقم 01-03 الحالي.

إلا أنه، من بين النتائج التي ترتبت عن عدم أسبقية الطعن لدى رئيس الحكومة في ظل القانون القديم هو أنه إذا جاء رد رئيس الحكومة تأكيديا confirmatif لمقرر الوكالـة فإن هذا الأخير يصبح نهائيا وغير قابل للطعن القضائي (560). فقد أثار عدم قابلية مقـرر الوكالة للطعن القضائي طبقا لقانون الإستثمار القديم نقاشافقهيا بـين مؤيـد لهـذا المبـدأ ومعارض له. يرى الأستاذ بن ناجي مثلا، أن عدم قابلية مقرر الوكالة للطعن القضـائي يتناقص وفكرة دولة القانون المكرسة في دستور 23 فيفري 1989 والتي تقوم على مبـدأ الفصل بين السلطات ولا الوظائف، لأن من خصائص دولة القانون، أنها تتنافى والحصانة القضائية المطبقة على أعمال السلطات العمومية وخاصة الإدارة، مبرزا في هذا الإطار، تأثر قانون الإستثمار القديم بالقانون الفرنسي الذي يعتبـر، أن الطعـن الإداري لتجـاوز السلطة يمكن إستبعاده بواسطة قانون. كما يعتبر نفس الفقيه أن المادة 134 مـن دسـتور 1989 هي من النظام العام ولا يجوز بالتالي إستبعادها لا من طرف السلطة التشـريعية ولا من السلطة التنفيذية لأي سبب كان لأنها لم تستعمل في صياغتها فعـل "يمكـن" peut الذي يعني الجوازية وإنما إستعملت الصيغة الدليلية L'indicatif والتي تعني الأمر الشيء الذي يستوجب معه – كما قال – إخضاع مقرر الوكالة إلى الطعن القضـائي (561). إلا أن الأستاذ بن شنب يرى، أن عدم قابلية مقرر الوكالة إلى الطعن القضائي "راجع بالأسـاس إلى ما تتمتع به الوكالة من سلطة تقديرية، كالبحث في الملائمة الإقتصادية للمشاريع وهي سلطة "لا تتطابق والصلاحيات التقليدية المخولة للجهـاز القضـائي الـذي لـيس مـن إختصاصاته النظر في الملائمة وإنما النظر في مشروعية القرارات الإدارية" (562).

إلا أن الأمر الجديد الذي ألغى المرسوم التشريعي رقم 93-12 القديم (563) جـاء ليؤكـد خلافا للمادة 9 منه على أن قرار الوكالة "يمكن أن يكون موضوع طعن أمام القضاء"(564).

(560) نشير إلى أن الأمر الجديد المتعلق بتطوير الإستثمار قد إستعمل مصطلح "قرار" عوضا عن مصطلح "مقرر" الذي كان مستعملا من طرف قانون الإستثمار القديم، أنظر في هذا المضمار كلا من المادتين 9 قديمة و7 الحالية.

(561) Bennadji. Ch, « Investissement, Etat de droit et suppression d'une voie de droit », in Lettre juridique n° 25/26/1995, pp. 27-28.

(562) Bencheneb. A, « La loi algérienne du 5 octobre 1993 … », op cit, p. 45-46.

(563) راجع المادة 35 من الأمر 01-03 السالف الذكر، المرجع السابق.

(564) أنظر المادة 7 فقرة 5 من نفس الأمر، نفس المرجع.

إلا أن الميزة التي يتميز بها هذا الأمر، هو أنه أعطى للمستثمر حرية الإختيار بين طريقتين للطعن، إما الطعن لدى رئيس الحكومة أو الطعن القضائي لدى جهة قضائية ضد القرار الصادر عن الوكالة دون المرور بالضرورة على الطعـن الإداري لـدى رئـيس الحكومة، لكونه إستعمل في خصوص هذين الطعنين فعل "يمكن" (565). ومما يؤكد منحـه هذا الخيار، هو غياب التدرج بين الطعنين، بل أن الأمر الجديد قد جعلهمـا فـي نفـس المرتبة، عندما أجاز للمستثمر أن يرفع هذا الطعن أو ذلك مباشرة بعـد صـدور قـرار الرفض الأصلي من الوكالة. بالإضافة إلى أن المشرع لم يقيد اللجوء إلى القضاء بالتظلم الإداري لدى رئيس الحكومة. وبعبارة أخرى، إذا جاء رد رئيس الحكومة سلبيا، فإن قرار الوكالة هو الذي يصبح موضوع طعن أمام القضاء وليس قرار الحكومة الذي يعتبر قرارا نهائيا وغير مسبق وغير قابل للطعن أمام القضاء.

ولكن السؤال الذي يفرض نفسه هنا، لماذا قرار الوكالة هو موضوع الطعن أمـام القضاء وليس قرار رئيس الحكومة؟ وأمام أي جهة قضائية مختصـة يمكـن أن يطعـن المستثمر في قرار الوكالة؟ خاصة وأن الأمر هنا، قد إستعمل فقط مصطلح "قضاء" مـن دون تحديد أي نوع من القضاء، القضاء العادي أم القضاء الإداري؟

عن الفرع الأول من السؤال، يمكن لنا أن نقول، أن قرار الوكالة هو الذي يكـون موضوع طعن أمام القضاء وليس قرار رئيس الحكومة، لأن قرار الوكالة هو القرار الذي يتوافر فيه شرط المساس بالمصلحة (566) décision qui fait grief. وإن كان قرار الوكالـة يطرح في الحقيقة مسألة ذات أهمية، وهي مسألة القرار السابق والقـرار الأصـلي فـي النظام القانوني الجزائري وموقف الفقه منهما.

---

(565) يمكن أن يقدم المستثمر طعنا لدى السلطة الوصية .."وأيضا" يمكن أن يكون قرار الوكالـة موضـوع طعـن .." راجع المادة 7 فقرة 4 و5 من الأمر المتعلق بتطوير الإستثمار. المرجع السابق.

(566) لمزيد من التفصيل راجع أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 171 وما بعدها وأيضا، محمد فؤاد عبـد الباسـط، أعمال السلطة الإدارية – القرار الإداري – العقد الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، السنة غير مـذكورة، ص. 27 وما بعدها.

ولكن قبل إستعراض موقف الفقه من هذا الموضوع، تجدر الإشارة، إلى أن الفقـه الفرنسي (567) يعتبر أنه، عندما يكون القرار الأصلي مختلفا عن القـرار السـابق، فـإن القرار الثاني يحل محل القرار الأول، وبالتالي يصبح هو موضوع الطعن القضائي.

ولكن المشكل يبقى قائما، عندما يؤيد القرار الثاني القرار الأول، مثلما هو الحـال بالنسبة لقرار رئيس الحكومة الذي يأتي ليؤكد قرار الوكالة، وبالتالي رفض التظلم المسبق المقام أمامه من قبل المستثمر. في هذه الحالة، فإن مجلس الدولة يميز بين حالتين:

- إذا كان التظلم الإداري المسبق إختيارا ولكن القرار السابق لـم يحـل محـل القـرار الأصلي، ولأن التظلم الإداري مستقل عن القرار الأصلي، فإن هذا الأخير، يعتبر بالنتيجة في نفس الوقت قرار أصليا وسابقا وقد جاء القضاء الفرنسي مؤكدا لهذا الإتجاه في العديد من القضايا (568).

- أما إذا كان التظلم الإداري إختياريا، وجاء القرار الثاني النـاتج عـن الـتظلم الإداري السابق مؤيدا للقرار الأصلي، فإن القرار المؤيد للقرار الأصلي يحل محل القرار الأخيـر ويزول القرار الأصلي (569).

ولكن ماذا عن موقف الفقه من مسألة القرار موضـوع الرقابـة القضـائية فـي الجزائر؟ في الحقيقة، هناك موقفان للفقه في الجزائر، موقف للأسـتاذ محيـو وموقـف للأستاذ خلوفي. بالنسبة للموقف الأول (570) لا يطعن في القرار الأصلي أمـام القاضـي الإداري بل القرار الذي ينتج عن التظلم الإداري المسبق هو الذي يكون موضوع المناقشة من طرف القاضي. أما الموقف الأخير (571)، فقد جاء مخالفا للموقف الأول عندما أشـار إلى أنه "بالرجوع إلى نص المادتين 274 و275 من قانون الإجراءات المدنية، يتبـين أن القرار الناتج عن التظلم الإداري المسبق ... ليس إلا إجراء ضـروريا يسـبق المناقشـة القضائية".

(567) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضـاء الكامـل، ديـوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة الأولى 2001، ص. 53.

(568) C.E, 23 avril 1964, Veuve Ducrousc, A.J.D.A 1965, p. 231, CE, 3 mai 1982 Louchard, A.J.D.A, 1982.

(569) C.E 30 mars 1973, A.J.D.A, 1973, p. 269, cité par Khelloufi. R, op cit, p. 24.

(570) أحمد محيو، المرجع المذكور سابقا، ص. 75.

(571) رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 54-55.

وبالتالي كما أضاف "فإن رد الإدارة عن التظلم الإداري المسبق لا يشكل القـرار السابق (بمفهومه الأصلي) أي أن القرار، موضوع الرقابة القضائية هو القرار الأصلي". والدليل على ذلك هو أنه "إذا رجعنا إلى القرارات القضائية، فإننا نجد أن القاضي الإداري يناقش (يلغي أو يؤيد) دائما القرار الأصلي ولا ينظـر إلـى موضـوع الـتظلم الإداري المسبق، وما ينتج عنه إلا من باب إحترام الإجراءات لقبول الدعوى القضائية. مما يسمح بالقول، بأن القرار الأول (ما يسمى بالقرار الأصلي) هو القرار موضوع الطعن".

نعتقد من جهتنا أن الأمر المتعلق بتطوير الإستثمار، لمـا جعـل قـرار الوكالـة موضوع طعن أمام القضاء، فلأنه رأى فيه القرار الذي تترتب عن صدوره آثار قانونيـة إزاء صاحب الشأن. ثم لأن القرار المسبق، الناتج عن التظلم الإداري هو قرار لا يـربط الدعوى ولا يمكن أن يحل محل القرار الأصلي للوكالة. ولهذا الغرض، فقد ميزه الأمـر السالف الذكر عن قرار رئيس الحكومة المسبق وأعتبره بمثابة القرار الأصلي والسابق في نفس الوقت. وللتأكيد على الصفة الأصلية والسابقة لقرار الوكالة هو مـنح هـذا الأمـر المستثمر إمكانية اللجوء إلى القضاء بالإعتماد على قرار الوكالة دون المـرور بـالتظلم الإداري المسبق لدى رئيس الحكومة الذي جعله إختياريا في نفس مستوى الطعن القضائي مثلما سبق وأن وضحنا.

ولكن أمام أي جهة قضائية مختصة يمكن للمستثمر أن يرفع دعـواه ضـد قـرار الوكالة؟ إذا رجعنا إلى طبيعة الوكالة كهيئة وطنية عمومية ذات طابع إداري، حتـى وإن كانت تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي (572). ونظرا لكونها تقع تحت إشراف رئيس الحكومة مباشرة ولوجود مقرها في مدينة الجزائر (573). فهي بحكم هذه العناصـر جميعها، تعتبر مؤسسة عمومية وطنية وبالتالي فقراراتها لا يمكن أن تكون إلا قـرارات إدارية مركزية.

---

(572) راجع المادة 21 من الأمر المذكور سابقا.
(573) أنظر المادة 22، نفس المرجع.

وبناء عليه، فالطعن في قرار رفضها المزايا لصالح المستثمر، لا يمكن أن يرفع إلا أمام مجلس الدولة المؤهل قانونا للفصل في الطعن المرفوع أمامه طبقا لمقتضيات المادة 9 فقرة 1 من القانون العضوي المنشئ له (574).

أما عن الإجراءات المتبعة أمام هذا المجلس من طرف المستثمر، فهي تلك المنصوص عليها من قبل قانون الإجراءات المدنية (575). والدعوى المرفوعة هي دعوى إلغاء يطلب فيها المستثمر الأجنبي إلغاء قرار الوكالة موضوع الطعن. كما أنه يمكن له لغاية الفصل في دعوى الإلغاء هذه أمام مجلس الدولة، أن يرفع دعوى إلى رئيس الغرفة الإدارية من أجل وقف القرار الإداري المطعون فيه (576).

يبقى أن نشير إلى أن المحكمة العليا تشترط لقبول مثل هذه الدعوى أن ترفق بما يثبت أن المدعي رفع دعوى إلغاء ضد القرار المطلوب وقف تنفيذه مؤقتا لغاية الفصل في دعوى الإلغاء (577).

ويترتب عن إصدار مجلس الدولة لقرار الإلغاء إلتزام إدارة الوكالة بتنفيذه، وهذا بنص دستوري، إذ نصت المادة 145 من دستور 1989 المعدل على "أن كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء". أما لو فرضنا، أنه بالرغم من حصول المستثمر الأجنبي على قرار قضائي حائز لحجية الشيء المقتضي فيه، وترفض الوكالة الإنصياع لهذا القرار، فإن رفضها هذا يعد مخالفة للقانون. وفي هذه الحالة، للمستثمر وسيلتان، أولا: مخاصمة القرار الإداري للوكالة المتخذ بصفة مخالفة للقرار القضائي بدعوى الإلغاء، بحيث تصبح هذه الأخيرة أداة قضائية لإحترام حجية الشيء المقضي فيه، وثانيا، مسائلة إدارة الوكالة بدعوى التعويض، لأن إمتناعها عن تنفيذ القرار القضائي يصبح يشكل خطأ مرفقيا يولد مسؤوليتها بإعتبارها المعنية بتنفيذه.

(574) القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو سنة 1998 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية رقم 37، ص. 3-8.

(575) راجع المادة 40 من القانون العضوي رقم 98-01 المرجع السابق.

(576) أنظر المادة 283 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية.

(577) راجع قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/06/16، قضية بلدية عين آزال ضد ب، س المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1 عام 1993، ص. 131.

وإن كنا نستبعد جدا أن تذهب الوكالة إلى حد رفضـها الإنصـياع إلـى القـرار القضائي وهي التي تسعى جاهدة إلى جذب المستثمرين الأجانب، من خلال ما تقدمه مـن مساعدات قبل، وحتى بعد الشروع في الإنجاز، لأن عدم تنفيذها القرار القضائي لا يمكن أن يعني إلا شيئا وحيدا، ألا وهو عدم إكتراثها بقوانين الدولة ونزع الثقة مـن المسـتثمر إزائها، بينما علاقة الوكالة - كما نعلم - ومن خلالها الدولة بالمستثمر هي مبينة بالأساس على الثقة لتطوير الإستثمار في الجزائر وجعله عاملا من عوامل التنمية.

يبقى أن نشير إلى أن اللجوء إلى الوسيلة الإدارية ليست هي الحـل الوحيـد فـي النزاع القائم بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI) والمسـتثمرين الأجانـب. إذ يمكن للطرفين أن يلجآ إلى حل آخر أكثر مرونة. ولكن هذا الحل يخضع إلى مفاوضـات بين الطرفين ولن يكون مسموح به إلا في إطار إتفاقية تبرمهـا الوكالـة بإسـم الدولـة ولصالحها مع المستثمر الأجنبي، وأن ينصب موضوع النزاع في إطار هذه الإتفاقية على مشروع ذو أهمية خاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني. وقد سبق لوكالة ترقيـة الإسـتثمار ومتابعتها سابقا (ex. APSI) أن إتبعت هذا الأسلوب.

المطلب الثاني: الأسلوب الإتفاقي: حالة إتفاقية الإستثمار المبرمة بـين وكالـة ترقيـة الإستثمار ومتابعتها ودعمها سـابقا (ex. APSI) والمجموعـة القطريـة الشيخ فيصل

تتعلق إتفاقية الإستثمار بين الوكالة (ex. APSI) والمجموعة القطرية ببناء مركـز تجاري بالحامة (الجزائر العاصمة) وبمشاريع أخرى سياحية. من بين الأهداف المسـطرة لهذه الإتفاقية خلق مناصب شغل وضخ الخزينة العامة بالأموال الصـعبة عـن طريـق التحويل. وبما أن الأمر يتعلق بإتفاقية. فهذا يعني وجود مفاوضات مسبقة (578) كان قد قام بها الطرفان للتوصل إلى هذه الإتفاقية التي هي تعتبر عن إرادة الطرفين الحرة فيما أتفق عليه من بنود. بعض من هذه البنود، ما تعلق منها بالمواصفات التقنية للمشروع وبعضها الآخر بالتزامات كل طرف.

(578) Nadji. M.S, Analyse du code des investissements 93-12 du 05 octobre 1993, mémoire magister, faculté de Droit d'Alger 1995, p. 72 et s.

ونظرا لأهمية هذه المشاريع وإنعكاسها على الإقتصاد الوطني، فإنـه يقـع علـى الوكالة طبقا للقانون، الإلتزام بتمتيع الطرف القطري بالمزايا الإضافية التي جاء بها قانون الإستثمار الجديد.

ومن بين البنود المتفق عليها، يوجد البند الخاص بتسوية النزاعات. في هذا البنـد، وخلافا للأسلوب الإداري في التسوية، أين مساحة الإختيار هي ضيقة جـدا إن لـم نقـل معدومة، فإننا نجد أن إختيار وسيلة التسوية هي أكثر مرونة، لأن البند الذي يكرس هـذا الإختيار وكباقي البنود الأخرى فهو يخضع إلى المفاوضات. والحالة تلك فيستبعد أن يلجأ الشريك العربي إلى المحاكم الوطنية لتسوية النزاع خاصـة وأن الجزائـر وقطـر همـا مرتبطان بإتفاقية للإستثمار والحماية المتبادلة (579) يتمتع من خلالها وعن طريق التبادلية مستثمر وكل من البلدين بحق إختيار وسيلة التسوية التي يرونها مناسبة، المحاكم الوطنية أو التحكيم بفرعية الحر أو المؤسساتي.

بالنسبة للإتفاقية موضوع الدراسة، تنص المادة 23-1 منها على "أن كل نزاع ينشأ عن تفسير أو تنفيذ إتفاقية الإستثمار الحالية يتم تسويته وديا بين الطرفين عن طريق لجنة للتوفيق ... في حال فشل الحل الودي يتم إحالة النزاع بناء على طلب أحد الطرفين إلـى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار (سيردي)".

تبدأ مرحلة التوفيق بإنشاء لجنة للتوفيق. ويشرع في إنشاء هذه اللجنة طبقا للمـادة 23-2 من الإتفاقية، برسالة مضمونة الوصول مع وصل بالإستلام يبعث بها المدعي إلى الطرف الآخر في أجل شهرين إبتداء من نشأة النزاع. ليس لطلب التوفيق أي أثر موقـف ويجب أن يتضمن عرضا لإدعاءات طالب التوفيق وملخص عن النزاع.

وبعد ثلاثين يوما من إستلام الرسالة، يجب على كل طرف أن يقوم بتعيين موفـق له وإعلام الطرف الآخر بهذا التعيين. وعلى إثر هذا التعيين، يقوم العضـوان المعينـين بتعيين موفق ثالث كعضو – رئيس للجنة.

---

(579) راجع المدة 7 من الإتفاقية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار، المرجع السابق.

في حالة ما إذا لم يتمكن الموفقان المعينان من إختيار رئيس للجنة أو أن المـدعي عليه قد إمتنع عن تعيين موفق له في ظرف ثلاثة أشهر إبتداء من تبليغه التعيين، فإن أحد الطرفين يمكن له أن يلتمس بواسطة عريضة رئيس المحكمة العليا أو أحد مساعديه لكـي يقوم بهذا التعيين. أما إذا لم يبلغ المدعي الطرف الآخر بتعيين موفق له، فإنه يعتبر ذلـك تخل من جانبه عن التوفيق. وحتى تقوم لجنة التوفيق بأداء مهمتها كما يجب، وهـو مـا يتطلب معرفة معمقة بجميع نقاط النزاع، فإن رئيسها وطبقا للمادة 23-2 مـن الإتفاقيـة يمكن له أن يأمر بإجراء أي تحقيق وأن يطلب من أي من الطرفين إيفاده بأي وثيقة. كما أنه يملك سلطة إستدعاء أي شاهد ليستمع إلى شهادته ويندب أي خبير مع تحديد مهامـه وتاريخ إيداع تقرير خبرته.

أما عن توصيات لجنة التوفيق، فيجب أن تصدر طبقا لقاعدة الأغلبية. أما في حال عدم حصول التوصيات على أغلبية الأصوات. بمعنى آخر، إذا لم يعين المـدعى عليـه موفقا له، فإن صوت رئيس اللجنة يصبح هو المرجح. وبما أن التوصيات ليست إجبارية لكونها لا تعد عملا من أعمال القضاء، فإنه لا يمكن أن يترتب عنها أي أثر إلا إذا وافـق عليها الطرفان. أما إذا لم يبلغ أحد الطرفين بقبوله بهذه التوصيات إلى الطرف الآخر في أجل عشرين يوما، فإن عدم التبليغ هذا، يعد بمثابة الإعلان عن فشل التوفيق برمته. وفي هذه الحالة، لن يبقى للطرفين المتنازعين سوى اللجوء إلى التحكيم.

ولكن ليس أي تحكيم، إذ يتعلق الأمر بتحكيم "سيردي". إلا أن السؤال الذي يطرح هنا: ما هي الأسباب التي دعت الطرفين الجزائري والقطري إلى إختيار تحكيم "سيردي" على حساب تحكيم المراكز الأخرى كتحكيم الغرفة الدولية للتجارة مثلا؟ نعتقـد أن إدراج الطرفين في إتفاقية للإستثمار لمثل هذا التحكيم يعود إلى كون المركـز الـدولي لتسـوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار الهيئة الوحيدة المتخصصة في مثل هذه النزاعات، وإن كان العديد من المتخصصين من فقهاء وحتى محكمين يؤكدون على محدودية التجربة التي يتمتع بها المركز (580) إلا أنه بالرغم من حداثته، فهو وكغيره من مؤسسات التحكيم الدائمة

---

(580) Ouakrat. Ph, « La pratique du CIRDI », in DPCI, n° 2. 1987, pp. 273-310, spéc, pp. 273-274.

يتمتع بتحكيم يتسم بكونه تحكيما منظما تسري لائحته على جميع مراحل التحكيم، بدءا من تعيين المحكمين إلى القرار التحكيمي (581). وهذا يعني، أن تحكيم المركز وكغيره من لوائح التحكيم الأخرى، أصبح يتمتع هو أيضا بقانون مستقل للإجراءات وما على أطراف الخصومة إلا إختيار مكان التحكيم. أما عن الأسس التي يقوم عليها تحكيم المركز فهو إرتكازه على مبدأ الرضاء. ومن الآثار القانونية المترتبة عن هذا المبدأ، هو قبول الأطراف بأن تسوى نزاعاتهم من طرف محكمين والإلتزام عند صدور القرار التحكيمي بتنفيذه (582). كما أنه من بين المبادئ التي تقوم عليها إجراءات التحكيم التابعة للمركز هي: مبدأ إحترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة Principe du contradictoire. نعتقد أن إختيار الطرفين للائحة المركز هو إختيار يقوم على الرضاء. ولكن من حيث أنها الوسيلة التي تحقق التوازن بين الدولة ممثلة في الوكالة والمستثمر الأجنبي، فإن هذه الفكرة كانت ولا تزال محل نقاش مذهبي (583). ذلك أنه من الفقهاء من يرون أن لائحة المركز تعكس تضاربا في المصالح بين الطرفين.

فبالنسبة للمستثمر الأجنبي مثلا، إذا كان اللجوء إلى التحكيم يشكل الضمان القانوني له، فهذا الضمان كثيرا ما يصطدم بتشبث الدولة المضيفة للإستثمار في أن ترى محاكمها الوطنية هي التي يجب أن تكون لها الأولوية في النظر في النزاع، وذلك من خلال لجوئها إلى إستعمال مبدأ الإستنفاذ المسبق للطرق الداخلية (584). وكذلك بالسلطة التي تمنحها لها لائحة المركز في أن تختار من النزاعات ما هو قابل للتحكيم وما هو غير قابل للتحكـيم. ولكن بالمقابل، إذا نظرنا إلى تحكيم المركز من زاوية مصالح الدولة التي تمثلها الوكالة. فإن الدولة تعتبر من جهتها، أن مثل هذا التحكيم جاء ليحد من سيادتها القضائية، عنـدما أكد في أحكامه تخليها المطلق والصريح لمبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية، إلى جانب عدم إخضاع القرار التحكيمي قبل التنفيذ لرقابة محاكمها الوطنية (585).

---

(581) Delaume. G, « Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements (CIRDI) », Clunet 1982, p. 775 et s.

(582) راجع المادتين 25 و54 من الإتفاقية الدولية لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (**CIRDI**).

(583) Delaume. G, op cit, p. 284.

(584) Belaid. S, « La Tunisie et l'arbitrage commercial international » Colloque 2-3-4, novembre 1981, compte rendu, RTD, 1981, pp. 756-789, spéc, pp. 762-763.

(585) Siorat. L, « Les limitations apportées à la souveraineté des Etats par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements internationaux », Dijon 1970, pp. 58-110.

ولكن مهما تكن هذه التأويلات، إلا أننا نعتقد أن تبني كل من الوكالـة والشـريك القطري للائحة تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار هو تأكيد مـن جانبهما على الثقة التي يوليانها للائحتة التحكيمية.

ولكن لماذا لم يختر الطرفان بصفتهما يمثلان بلدين عربيين ينتميان إلى عالم واحد ألا وهو العالم العربي لائحة التحكيم العربية طبقا لإتفاقية عمان لسـنة 1987 والمتعلقـة بالتحكيم التجاري الدولي؟

يعتقد بعض المختصين، أن ذلك ربما يعود إلى النشأة الحديثـة للمركـز العربـي للتحكيم ونقص الخبرة لديه ولطابعه الجهوي، بينما مركز CIRDI هـو ذو طـابع دولـي متخصص.

ولكن بالرغم من وجاهة هذا الرأي، إلا أننا نرى أن المركز العربي الموجود حاليا في الرباط (586) لماله من إمكانيات مادية وكفاءات بشرية، قـادر علـى أن ينظـر فـي النزاعات المتعلقة بالإستثمار بين البلدان العربية. بالإضـافة إلـى كـون خصوصـيات الإقتصاديات العربية وتقاربها تجعل مهمة المحكم أسهل. خاصة ونحن نعلم، أن الهـدف من إقامة الإتفاقيات العربية المتعلقة بالتحكيم، هو خلق مناخ ملائم لنقل الرساميل من وإلى البلدان العربية في إطار الإ ستثمار العربي. يبقى أن نشير إلى أنه خارج النزاعات التـي تنشأ بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار والمستثمر الأجنبي والتي تختص بها المحكمة الإدارية، هنالك نوع آخر من النزاعات التي تدخل ضمن إختصاصات الجهات القضـائية الإدارية ألا وهو النزاع الذي يخص الجانب الجبائي في العملية الإستثمارية والذي يضـع وجها لوجه المستثمر الأجنبي من جهة، وإدارة الضرائب من جهة أخرى.

---

(586) El Ahdab. A.H, « Le Centre Arabe d'arbitrage commercial à Rabat, Convention arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial (1987) », Rev.arb, 1989, pp. 631-640.

المبحث الثاني: النزاع الضريبي اللصيق بالإستثمارات الأجنبية

عند إنجاز الإستثمارات نزاعات عديدة يمكن أن تثور بين الدولة والمستثمر الأجنبي. ولكن هذه النزاعات، تخص هذه المرة، الجانب الضريبي من الإستثمار والذي يرجع بالنظر من حيث الإختصاص إلى المحاكم الإدارية للدولة المضيفة للإستثمار (المطلب الأول). ولكن المستثمرين الأجانب، لا يثقون في المؤسسات القضائية للدولة لكونها في نظرهم لا تمنحهم الضمان الكافي. فهم يريدون قاضي مختص ومستقل عن الدولة (587). وهو ما يفسر مرة أخرى نزعة المستثمرين نحو إلتماس الهيئات التحكيمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإختصاص المبدئي للمحكمة الإدارية

إن النزاعات الناشئة عن فرض الضريبة على المستثمر الأجنبي هي نزاعات تتعلق إما بالوعاء الضريبي، أو بالحساب الضريبي، وفي مقابل ذلك، فالطعون التي يرفعها المستثمرون في خصوص هذين النوعين من النزاعات، تحكمها القواعد المطبقة على الإجراءات الإدارية في مرحلتيها الإدارية المسبقة ثم القضائية.

ولكن قبل التفصيل في هذين الطعنين، تجدر الإشارة، إلى أن إخضاع النزاعات الضريبية الخاصة بالمستثمرين الأجانب إلى إختصاص المحاكم الوطنية له ما يبرره والمتمثل خاصة في تطبيق مبدأ المساواة أمام القانون في خلاص معاليم الضريبة. ومن نتائج هذا المبدأ، هو عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والوطنيين الذي أكد عليه الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار. بالإضافة إلى أن إخضاع النزاعات الضريبية اللصيقة بعملية الإستثمار يأتي تجسيدا لقاعدة أن الإختصاص التشريعي يحكم الإختصاص القضائي. بالنسبة للمرحلة الإدارية، للمستثمر حق التظلم أمام الجهة الإدارية. ونعني بالتظلم هنا التظلم المسبق المرفوع أمام مدير الضرائب الذي عليه أن يبت في التظلم خلال أربعة أشهر من تاريخ إستلام التظلم (588) وفي حالة السكوت، فإن المهلة هي

(587) Amadio. M, Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la BIRD du 18 mars 1965, L.G.DJ, 1967, p. 17.

(588) أنظر المادة 334 فقرة 1 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة. قانون 36/90 المؤرخ في 31 ديسمبر 1990 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 لاسيما المادة 38 المحدثة لقانون الضرائب المباشرة، ج ر عدد 84 لسنة 1990.

أربعة أشهر كذلك (589). إن الغرض من التظلم الذي يقوم بـه المستثمر لـدى مـدير الضرائب على مستوى الولاية، هو إما طلب إستدراك الأخطاء التي وقعت فـي وعـاء الضريبة أو طلب تصحيح حسابات الأسس وإما، طلب الإستفادة من إمتيـازات ضـريبية ناتجة عن نص تشريعي أو تنظيمي، تكون إدارة الضرائب قـد أغفلتهـا عنـد فرضـها الضريبة (590). ولكي يكون التظلم مقبولا، لا يكفي أن يرد ضمن الميعاد القـانوني (591)، ولكن يجب أيضا أن يكون التظلم فرديا (592).

فلا يجوز أن يأخذ شكلا جماعيا سوى في حالتين: عندما تفرض الضريبة جماعيا، أو عندما يتعلق الأمر بإحتجاج أعضاء في شركات الأشخاص على الضريبة المفروضـة على الشركة.

لا يخضع التظلم لحقوق الطابع الذي تخضع له العريضة. من جهة أخرى، يجـب أن يتضمن التظلم جملة من البيانات يؤدي تخلفها إلى جزاء عدم قبول التظلم. وتتعلق هذه البيانات أولا، بذكر الضريبة المعترض عليها، وثانيا بيان رقم المادة في الجـدول الـذي سجلت فيه الضريبة إذا تعذر الإستظهار بالإنذار أو بأية وثيقة تثبـت الإقتطـاع. ثالثـا، عرض مختصر لوسائل المتظلم وطلباته ورابعا، توقيع التظلم بخط الشاكي. أما إذا قـدم التظلم بواسطة وكيل، فلا بد أن ترفق به نسخة من الوكالة تكـون محـررة علـى ورق مدموغ. ويعفى المحامي من شروط الوكالة. وأخيرا، على المتظلم الذي يكـون موطنـه بالخارج، أن يتخذ موطنا في الجزائر (593).

ويتضح من صياغة هذه الشروط، أن البيانات المشار إليها في الفقرة الثالثـة مـن المادة 332 هي التي تكون غير قابلة للتصحيح، أن هذه المادة قد رتبت على مخالفتها عدم القبول بينما بقية البيانات يجوز أن تكون قابلة للتصحيح. وعموما، إذا كان التظلم معيبـا بعيب من العيوب الشكلية الغير قابلة للتصحيح، جاز لمدير الضرائب رفضه مباشرة دون دراسة موضوعه.

(589) مادة 337 فقرة 02.
(590) أنظر المادتين 329 فقرة 01 و300.
(591) مادة 331 فقرة 01.
(592) مادة 332 فقرة 01.
(593) راجع المادة 332 فقرة 06.

أما عن إلزامية تسبيب قرار الرفض، فإن الفقرة الأخيرة من المـادة 334 مـن قـانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة تلزم الإدارة الجبائية في حالة عدم الإستجابة للتظلم تضمين قرار الرفض "الأسباب التي بني عليها". ويترتب على هذا الرفض حق المـتظلم، إما في اللجوء إلى لجان الطعن البلدية والولائية والمركزية (594)، وإما إلى الغرفة الإدارية لدى المجلس القضائي المختص. الملاحظ، أن إتباع إجراءات الدعوى الإدارية توقف حق الشخص في اللجوء إلى لجان الطعن (595).

وعليه، وطبقا لقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، يحق للمستثمر الأجنبي أن يطعن في قرار مدير الضرائب للولاية أما الغرفة الإدارية للمجلس القضائي المختص خلال أجل أربعة أشهر إبتداء من تاريخ إستيلام القرار المتخذ. أما في حالة السكوت، فبعد مضي ثمانية أشهر بإعتبار أن سكوت مدير الضرائب خلال المدة المذكورة يعـد بمثابـة رفض للتظلم. كما يحق لمدير الضرائب للولاية أن يعرض النزاع على الغرفة الإداريـة التابعة للمجلس القضائي، وهذا طبقا لنص المادة 339 من قـانون الضـرائب المباشـرة والرسوم المماثلة.

ولكن، حتى يتمكن المستثمر من رفع دعواه أمام الغرفة الإدارية، فيجب عليـه أن يودع عريضة لدى كتابة الضبط بالغرفة على ورق مدموغ. ويجب أن تكون العريضـة ممضية من طرف صاحبها أو من له وكالة بصفة قانونية. إن إمضاء العريضة هي عمليا تأكيد بأن المستثمر قد قام الدعوى بإرادته الحرة والسليمة وأن الدعوى جديـة. إن عـدم وجود الإمضاء على العريضة يؤدي لا محالة إلى عدم قبولها شكلا من طـرف الغرفـة الإدارية للمجلس. غير أن قانون الضرائب المباشرة لم يبين في حالة وجود عائق تجعـل المستثمر صاحب العريضة لا يقوم بإمضائها. ما مصير هذه العريضـة، هـل تقبـل أم ترفض من الناحية الشكلية؟ تعرضت المجموعة العامة للضرائب الفرنسـية فـي المـادة 1940 لهذه المسألة عندما نصت على "أنه إذا وجد مانع يستحيل معه توقيع صاحب

---

(594) أنظر تنظيمها المواد من 300 إلى 302 من ق.ض.م.م. وهي لجان إدارية بحكم تشكيلتها الإدارية وإجراءاتهـا ولا يغير من طبيعتها هذه كون الرئاسة في بعضها تسند إلى قاض كما هو الحال في اللجان البلدية والولاية.

(595) راجع المادة 336 من ق.م.ر.م، نفس المرجع.

الشأن فإنه يجوز له أن يودع طعنه دون توقيع على أن يثبت من اللحظة التي يقدم فيها الطلب أمام المحكمة الإدارية وجود إستحالة مادية تحول دون التوقيع عليه".

من جهة أخرى، يمكن للمستثمر أن يضيف طلبات جديدة في عريضته غير تلك التي تقدم بها إلى مدير الضرائب وهذا طبقا للفقرة الثالثة من نص المادة 338 من قانون الضرائب المباشرة على أن يقدمها بصورة واضحة. كما يستطيع أن يقترح المبلغ الذي يراه مناسبا.

عندما تخطر الغرفة الإدارية بواسطة المستثمر، تقوم هذه الغرفة بعملية تحقيق في العريضة المقدمة لها. وتنظر في القضية بصفتها قاضي ضريبة. ولها أن تأمر بتحقيق إضافي ولكن بشرط، كما تنص عليه المادة 340 فقرة 02 إذا قدم المستثمر وسائل جديدة قبل التصريح بالحكم.

وعلى صعيد آخر، تمثل الخبرة أحد الإجراءات الرئيسية للتحقيق الذي تأمر بها الغرفة الإدارية حيث نصت المادة 341 فقرة 01 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على هذا بقولها "يمكن أن تأمر الغرفة الإدارية التابعة للمجلس القضائي بإجراء الخبرة إما تلقائيا وإما بناء على طلب المكلف أو بناء على طلب مدير الضرائب والحكم الذي يأمر بهذا الإجراء في التحقيق يحدد مهمة الخبراء".

أما فيما يخص من يقوم بالخبرة فطبقا للفقرة الثانية من المادة 341 السالفة الذكر يمكن أن يقوم بإجراء الخبرة خبير واحد تعينه الغرفة الإدارية أو ثلاثة خبراء إذا طلب أحد الطرفين ذلك. في الحالة الأخيرة يقوم كل طرف بتعيين خبير له، وتقوم الغرفة الإدارية بتعيين الخبير الثالث. كما يحق للمجلس أن يقرر إجراء الخبرة عن طريق خبير واحد بسبب قلة أهمية النزاع المطروح أمامه حتى ولو إتفق الخصوم على أن تتم الخبرة بثلاثة خبراء (596). يجب التنبيه هنا، إلى أنه لا يمكن إختيار الخبراء أو الخبير من بين الموظفين الذين شاركوا في إعداد الضريبة المتنازع فيها.

---

(596) د. زكريا محمد بيومي "الخبرة في منازعات الضرائب المباشرة في التشريع الضريبي الفرنسي"، مجلة القاهرة بالخرطوم، العدد 04، 1973، ص. 298 وما بعدها.

كما أنه لا يمكن أن يكون خبيرا كل من أدلى برأيه في القضية أو تأسس كوكيل عن أحد الأطراف في النزاع أثناء التحقيق.

يحق للمستثمر الأجنبي أن يطلب رد الخبير وكذلك مدير الضرائب بإسم إدارة الضرائب ولصالحها. إلا أن طلب رد الخبير يجب أن يكون مبنيا على أسس سليمة وواقعية وجيدة. وأن يكون طلب الرد مسببا ويقدم إلى الغرفة الإدارية خلال ثمانية أيام، إبتداء من تاريخ تلقي المستثمر إسم الخبير الذي ينوي رده.

يقوم بتسيير الخبرة خبير تعينه الغرفة الإدارية للمجلس حيث يقوم بتحديد اليوم والساعة التي تبدأ فيها عمليات الخبرة. ويعلم بذلك مصلحة الضرائب والخبرة والشاكي (المستثمر الأجنبي) بعشرة أيام على الأقل. في السابق، كانت هذه المهمة تقع على عاتق عون من مصلحة الضرائب المباشرة (597). فهو الذي يقوم بتحديد تاريخ وساعة بدأ عمليات الخبرة ويخطر بها الخبراء والشاكي. إلا أن تكليف هذا العون بذلك كان محل ريبة وشك يحيطان بنزاهته وبحياده بإعتباره ممثلا للإدارة.

ثم إن تعيين هذا العون كان يتناقص والمادة 53 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن الخبير الذي يقوم بإخطار الخصوم باليوم والساعة التي تجري فيها عمليات الخبرة إنما هو الخبير المعين فقط من الغرفة الإدارية لضمان الحياد والشفافية في عمليات الخبرة. بالإضافة إلى أن هذا الخبير المعين غالبا ما يكون من الخبراء المقيدين في جدول الخبراء المعتمدين لدى المحاكم من ذوي الإختصاص في مادة الجباية بكل أصنافها.

وبعد الإنتهاء من عملية الخبرة، يقوم الخبراء بتقديم تقرير مشترك أو تقارير منفصلة ويودع الخبراء تقاريرهم لدى قائم الغرفة الإدارية. غير أنه في جميع الحالات إذا رأت الغرفة الإدارية بأن الخبرة غير قانونية أو هي ما زالت ناقصة في بعض أجزائها، فإنه يجوز لرئيس الغرفة أن يأمر بإجراء خبرة تكميلية وهذا طبقا للمادة 341 فقرة 10 من قانون الضرائب المباشرة.

---

(597) راجع المادة 411 قديمة من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المرجع السابق.

ولكن لا شيء في هذا القانون عن موقف الغرفة من تقرير الخبرة بينما المادة 54 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية هي صريحة في هذا الجانب (598) ثم لأن المسلم به عموما، هو أن رأي الخبير لا يقيد القاضي فله أن يطرحه جانبا أو أن يأخذ به.

وعلى إثر الإنتهاء من الخبرة، يقوم كل خبير بتقديم كشف عن مصاريف الخبـرة يكون مرفوقا بتقرير الخبرة. ويجب أن تكون هذه الكشوف مفصلة، وذلك طبقـا للمـادة 341 فقرة 09 من قانون الضرائب المباشرة. من جهة أخرى، نصت نفس المادة على أنه بإمكان الخبراء أو الأطراف ضمن ثلاثة أيام كاملة إبتداء من تبليغهم قرار رئيس الغرفـة الإدارية المتعلق بالتصفية والرسم أن ينازعوا في التصفية أمام نفـس الجهـة القضـائية المنعقدة كغرفة مشورة. وإذا رأت الغرفة الإدارية أن الخبرة هي غير قانونيـة أو هـي ناقصة، فلها أن تأمر بإجراء خبرة جديدة تخضع إلى نفس الأوضاع التي خضعت إليهـا الخبرة الأولى. ولكن هل أن قرار المجلس بإجراء خبرة جديدة يعد قابلا للإستئناف مـن قبل الخبير؟ لقد صدر حكم عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 03 أفريل 1940 يوضـح فيه بأن القرار الذي يتضمن مصاريف الخبرة يستأنف فيه أمام مجلس الدولـة (599). أمـا المعارضة في مصاريف الخبرة فقد تكون من أحد الأطراف أو من قبل الخبير ويتم النظر فيها في جلسة غير علنية وبدون مرافعات (600). وعلى صعيد آخر، يستطيع رئيس الغرفة الإدارية بالمجلس إلى جانب الأمر بإجراء الخبرة أن يأمر بالإنتقال إلـى المعاينـة (601). والفحص المضاد (602). إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف.

وبعد أن تصبح القضية جاهزة للفصل فيها، يقوم رئيس الغرفة الإدارية للمجلـس بإصدار قراره طبقا لقانون الإجراءات المدنية. وبعد صدور القرار، يقع تبليغه بواسطة قلم الكتاب للغرفة إلى جميع أطراف الدعوى.

(598) نفس المادة 54 فقرة أخيرة ... "والقاضي غير ملزم برأي الخبير".

(599) زكريا محمد بيومي، الطعون القضائية في فرض الضرائب على الدخل، دار الإتحاد العربي للطباعـة، 1974، القاهرة 1974.

(600) Conseil d'Etat, 22 décembre 1958, in Juris class. Fiscal : impôts directs, Traité n° 9 Fasc 1605/5. 1978, p. 33. Cette décision est conforme aux dispositions de l'article 343-2 du code des impôts directs et taxes assimilées.

(601) أنظر المواد من 56 إلى 60 من قانون الإجراءات المدنية.

(602) راجع المادة 340 فقرة 03 من قانون الضرائب المباشرة، المرجع السابق.

كما يبلغ القرار إلى مديرية الضرائب بصفتها طرفا فـي النـزاع. أمـا بالنسـبة للمستثمر وكشخص معنوي، فإن قرار الغرفة يبلغ إلى المقر الرئيسي للشركة.

ومن الآثار التي تترتب عن القرار المتخذ من قبل الغرفة هو حيازته لحجية الشيء المقضي فيه ما لم يطعن فيه خلال الموعد القانوني. وبإمكان المستثمر الأجنبي أن يقـوم بإستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة (603). طبقا للقواعد المنصوص عليها في قـانون الإجراءات المدنية (604) وبالنسبة لإدارة الضرائب إبتداء من تبليغ قرار المجلس إلى مدير الضرائب على مستوى الولاية (605). غير أن هذا الإستئناف، لا يوقـف تنفيـذ القـرار الصادر عن الغرفة الإدارية وهذا طبقا للمادة 171 من قانون الإجراءات المدنية.

ومن الآثار المترتبة عن الإستئناف، هو طرح النزاع على مجلس الدولة ليفصل فيه من جديد (606). وبهذا يملك مجلس الدولة ما تملكه الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي، من حيث الوقائع والمسائل القانونية وإتخاذ الإجراءات اللازمة، كالأمر بفتح تحقيق من جديـد أو بإجراء خبرة. إلا أنه لا يملك الفصل في طلبات جديـدة تثـار لأول مـرة. ويقصـد بالطلبات الجديدة، تلك الطلبات التي تختلف عن الطلبات الأصلية سواء من حيث أطراف الدعوى أو الموضوع أو السبب (607). وعلى هذا الأساس فلا يقبل تقـديم طلبـات سـبق تقديمها أمام الضرائب وأستبعدت أمام المحكمة الإدارية (608). يسـتطيع مجلـس الدولـة كقاضي إستئناف، أن يلغى، أن يعدل أو أن يوافق علـى قـرار القاضـي الأول طبقـا للإجراءات المعمول بها.

يصدر قرار مجلس الدولة متضمنا جميع البيانات الواجب توافرها فيه طبقا للمـادة 264 من قانون الإجراءات المدنية. ويجري تبليغ هذا القرار بواسطة قلم الكتاب بكتـاب موصى عليه بعلم الوصول إلى الخصوم في الطعن، وكذلك إلى كل من محامي المستثمر ومحامي مصلحة الضرائب المعنية.

(603) راجع المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو سنة 1988 والمتعلق بإختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية رقم 37 ص. 3-8.

(604) أنظر المادة 40، المرجع السابق.

(605) راجع المادة 344 فقرة أخيرة من قانون الضرائب المباشرة، المرجع السابق.

(606) راجع المواد 9 و10 و11 من القانون العضوي 89-01 المرجع السابق، ص. 04.

(607) زكريا محمد بيومي، الطعون القضائية في فرض الضرائب على الدخل، المرجع السابق، ص. 151.

(608) Conseil d'Etat, 13 Juillet 1962, Rev.droit fiscal, Paris, 1962, p. 33.

الشيء الملاحظ، هو غياب أي تحديد للمدة التي يجب أن تبلغ فيها الأحكـام بعـد صدورها. كما يقع تبليغ القرار إلى الجهة التي أصدرت القرار بواسـطة النائـب العـام لمجلس الدولة وهذا طبقا لنص المادة 272 من قانون الإجراءات المدنية لكي تطلع الغرفة الإدارية التابعة للمجلس على إجتهادات مجلس الدولة.

وبصدور القرار عن مجلس الدولة يكون قد أصبح نهائيا وحائزا لحجيـة الشـيء المقضى فيه. ولكن إذا كان اللجوء إلى المحاكم الإدارية هو المبدأ لإيجـاد حـل للنـزاع الضريبي بين المستثمر وإدارة الضرائب، إلا أن خلق شركة مختلطة في إطـار شـراكة جزائرية أجنبية تتطلب رضاء متبادلا للطرفين في خصوص جميع بنود العقد، بما فيهـا البند المتعلق بتسوية النزاعات المتعلقة بالضريبة. لهذا الغرض، فإنه يصعب غالبا إقنـاع الشريك الأجنبي بإخضاع النزاعات الناشئة عند تنفيذ عقد للشـركة بمـا فيهـا النـزاع الضريبي، إلى المحاكم الإدارية. في هذه الحالة، لن يبقى للطرفين سوى حل وحيـد هـو اللجوء إستثنائيا إلى التحكيم.

المطلب الثاني: الإختصاص الإستثنائي للمحكمة التحكيمية

لدى إطلاعنا على بروتوكول الإتفاق المنشئ للشركة المختلطة الجزائرية الإنقليزية وعلى عقد الإستثمار المباشر المبرم بين شركة سونطراك والشركة الأجنبية "ب" لم نجـد أثرا لبنود تتعلق بالنزاعات الخاصة بالجباية، إلا أنه من حيث الصياغة العامة التي أتـت بها هذه البنود توحى بأن كل نزاع يتعلق بتفسير العقد أو بتطبيقه يشـمل أيضـا النـزاع المتعلق بالجباية. فمثلا المادة 31 من القانون الأساسـي للشـركة البتروليـة الجزائريـة الأنقليزية Brown et Root – Condor SPA تنص على "أن كل نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق العقد الحالي يسوى عن طريق التحكيم طبقا لقواعد التحكيم التابعة للغرفة الدولية للتجارة". وهكذا فإن النظام التحكيمي التابع للغرفة بإعتباره تحكيما مؤسساتيا هو الذي يطبق علـى النزاع الجبائي (609).

(609) لقد خلا القانون الأساسي للشركة من أي بند يتعلق أساسا بتسوية النزاع الجبائي إلا من بند وحيد يشير بصـورة غير مباشرة إلى موضوع الجباية. وقد جاء تحت عنوان **comptes de la société** حسابات الشركة وهذا نصه:
« La société préparera chaque année fiscale un plan d'affaires conformément à l'annexe (A) du protocole d'accord » (art 27-3 du statut).

ومن جهة أخرى، يمكن أن يلجأ الطرفان إلى حل نزاعهما المتعلق بالجباية إلى التحكيم، ولكن هذه المرة ليس إلى التحكيم المؤسساتي مثل تحكيم الغرفة الدولية للتجارة وإنما إلى التحكيم الحر. ولنا مثال على ذلك، شركة سونلغاز وشركة ABB السويسرية (610).

الملاحظ أنه حتى وإن كانت النزاعات الناشئة عن الجباية هي من المسائل التي تختص بها محاكم الدولة بحكم أن المحاكم المختصة هي محاكم مكان تحصيل الضريبة. إلا أنه في مجال الإستثمار الأجنبي، فإن المتعاقدين يمكن أن يخرجا عن هذه القاعدة بتنظيمها تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

إن التحكيم المدرج في مثل هذه العقود أتى في الواقع، ليستجيب لشروط المستثمر الأجنبي. وبمعنى آخر، يجب على الطرف الوطني أن يقدم الضمان القضائي لفائدة شريكه الأجنبي. ومن شأن هذا الضمان، أن يحفز هذا الأخير على الإستثمار في الجزائر. وإن كان التحكيم لا يلجأ إليه في مثل هذه الحالات إلا نادرا، ذلك أن غالبية النزاعات المتعلقة بالجباية يقع تسويتها عن طريق الحل الودي (611).

أما عن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمحكم في حال اللجوء إلى التحكيم، فهو القانون الجزائري المتعلق بالجباية أي قانون مكان تحصيلها. ومن جهة أخرى فإن القانون المعني في هذا المجال هو القانون الساري المفعول وقت عرض النزاع على التسوية التحكيمية.

وخارج موضوع التحكيم كوسيلة لفض النزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي والقانون الواجب التطبيق، وللتأكيد على الصفة الودية لحل المشاكل الناشئة عن الجباية اللصيقة بعملية الإستثمار، فجلها تؤكد بصفة لا تدع للشك على أن النزاعات المتعلقة بتفسير العقد أو بتطبيقه يقع إخضاعها في آخر المطاف إلى التحكيم التجاري الدولي أي بعد مرورها بصفة إختيارية أو جوبية بالمرحلة الودية (612).

---

(610) مادة 31-2، المرجع السابق.

(611) Kock. K, « La procédure amiable », C.D.F.I, 1981, vol LXVIa, pp. 53-91

(612) لقد سبق وأن نص على المرحلة الودية في الأمر 12 أفريل سنة 1971 المنظم للجباية البترولية كمرحلة إختيارية، المادة 7 من الأمر المذكور. **Pour plus de détails, voir Bouzana. B, op cit, p. 296 et s.**

ويعد اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه النزاعات إستثناء عن القاعدة، بحكم أن هـذه النزاعات تخضع مبدئيا إلى إختصاص المحاكم الإدارية، لأن الشركة المختلطة الجزائيـة الأجنبية إذا تأسست طبقا للقانون الجزائري فهي تعد خاضعة من حيث التشريع الجبـائي إلى التشريع الوطني بما فيه الإختصاص القضائي المحلي.

أما من حيث المعاملة، فهي تعامل طبقا لقانون الماليـة لسـنة 1993 علـى قـدم المساواة مثلها مثل المؤسسات العمومية كأن تختار "النظام الجبائي الأفضل في مادة حقوق الديوانة والرسم على القيمة المضافة ..." (613) كل ذلك تطبيقا لمبدأ إقليمية القواعد المطبقة في مادة الجباية على الشركات الأجنبية التي لها نشاط إستثماري في الجزائر بصفة دائمة وحتى تلك التي لا تملك نشاطا إستثماريا بصفة دائمة (614).

من جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن التحكيم المختار سواء، أكان مؤسساتيا عـن طريق اللجوء إلى تحكيم الغرفة الدولية للتجارة أو كان تحكيما حرا، لا يشمل فقط بعضـا من النزاعات الجبائية دون غيرها، بما أن البند الذي جاء تحت عنوان "تسوية النزاعـات" قد صيغ في أسلوب عام Conçu en termes généraux بحيث يسمح بتوسيع نطاق التحكيم إلى كل النزاعات المتعلقة بالجباية سواء تلك الناشئة عن سوء تفسير الأحكام التي تنظمهـا أو تلك الناتجة عن سوء تطبيقها من حيث حجم الجباية أو وعائها أو كيفية إحتسابها وحتـى نوعها (615).

إن اللجوء إلى التحكيم في النزاعات التي تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبـي قـد كرس بشكل واضح منذ التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية. وقبل ذلك فقد عملت به العقود المتعلقة بإقامة المنشآت البترولية. فقد نصت المادة 12 من قانون 91-21 المؤرخ في 4 ديسمبر سنة 1991 والمعدل والمتمم لقانون 86-14 المؤرخ في 19 أوت والمتعلق

---

(613) راجع المادة 84 من قانون المالية لسنة 1993، الجريدة الرسمية عدد 43.

(614) مثلا لقد جرى مؤخرا وتطبيقا لمنشور وزاري رقم 01 الصادر في 11 ماي 1999 إلغاء خصم الضـريبة مـن المصدر المطبقة على الصفقات المتعلقة بالأشغال العقارية والمبرمة من طرق الشركات الأجنبية التي ليس لها منشـآت مهنية قائمة بصفة دائمة في الجزائر. وثيقة غير منشورة.

(615) أن نوع الجباية قد يطرح إشكالا لا يصعب حله أحيانا إذا لم يقع التدقيق مسبقا في نوع الجباية التي يخضع إليها نشاط الشركة من قبل الطرفين طبقا لمبدأ سلطان الإرادة.

بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات وإستغلالها ونقلها بالأنابيب (616) على أن "النزاعات الناشئة عن التفسير أو تنفيذ عقد الإشتراك يجب أن تكون موضوع حل ودي مسبق ضمن الشروط المتفق عليها من قبل الطرفين. وفي حال فشل إجراءات الحل الودي يمكن لطرفي العقد إخضاع النزاع إلى التحكيم الدولي ..." وهكذا فطبقا لهذه المادة، يحق للمتعاقدين أن ينظما حلا وديا بكل حرية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يتمتع به الطرفان من أجل إيجاد حل مناسب للنزاع، قبل اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

الغالب، هو إتجاه إرادة الطرفين إلى تسوية النزاع الجبائي عن طريق الحل الودي لتفادي تعقيدات الحل التحكيمي ووضع حد لمحاولة أي من الطرفين التنصل من إلتزاماته في إيجاد تسوية تحكيمية طبقا لقواعد التحكيم المختار (617).

يجب التنبيه هنا، إلى أن تسوية النزاع الجبائي في مادة المحروقات قد مرت في السابق بمرحلتين، قبل أن تخضع بصفة مباشرة إلى التحكيم التجاري الدولي. وهكذا، فقد كان النزاع الجبائي في مرحلة أولى خاضعا إلى إختصاص المحكمة العليا الغرفة الإدارية طبقا للمادة 7 من الأمر المؤرخ في 12 أفريل 1971 والمتضمن القانون الأساسي للمحروقات. ولكن في نفس الوقت، فقد حرص الأمر المذكور على منح الطرفين فرصة اللجوء إلى الحل الودي ولكن بصفة جوازية بإعتبارها الوسيلة الأكثر مرونة نظرا لتميزها عن بقية الوسائل الأخرى بالسرية والسرعة. إلى جانب أنها تبدو أقل كلفة من اللجوء إلى القضاء. ولكن لا يمكن في أي حال من الأحوال أن ينجح الحل الودي إذا لم توجد لدى الطرفين الرغبة الأكيدة في التعاون من أجل تجاوز خلافهما في خصوص النزاع الجبائي المثار. إلا أنه إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل نزاعهما بالطريقة الودية، فلن يبقى لهما سوى اللجوء إلى المحاكم الإدارية حتى وإن ظل في تقديرنا العمل بهذه الطريقة ممكنا إلى غاية سنة 1993 ذلك أن تمسك الطرف الوطني بإختصاص المحاكم الإدارية قد مورس

---

(616) قانون رقم 91-21 المؤرخ في 4 ديسمبر 1991 المعدل والمتمم لقانون 86-14 لـ 19 أوت 1986 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات وإستغلالها ونقلها بالأنابيب، الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 1991.

(617) Gaillard. E, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev.arb, 1990, p. 759 et s.

قبل هذا التاريخ وبالضبط في سنة 1991 في النزاع الذي قام بين الشركة الفرنسية Schlumberger ومفتشية الضرائب المباشرة للجزائر العاصمة. بيد أنه وبعد تعديل قانون الإجراءات المدنية فإنه يستبعد أن يقبل المستثمر الأجنبي في علاقاته التعاقدية مع الشركات العمومية الخضوع إلى المحاكم الإدارية.

إلا أنه خارج هذين الحلين، الحل الودي من جهة، والحل الإداري من جهة أخرى، للمستثمر الأجنبي أن يتمسك بالإتفاقية الثنائية الجبائية التي تكون قد أبرمتها حكومته مع الحكومة الجزائرية.

وهذه الإتفاقية هي ما يعرف عنها بالإتفاقية الثنائية لعدم الإزدواج الضريبي تمكن هذه الإتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومات دول أخرى لفائدة المستثمر الأجنبي بصفته أحد رعايا هذه الدول من أن يرفع إحتجاجا لدى سلطات الدولة التي يقيم فيها أو لدى السلطات المختصة التي يحمل جنسيتها (618). بالنسبة للسلطة المختصة للدولة المضيفة للإستثمار، تسعى هذه السلطة إلى إيجاد مخرج ودي مع المستثمر الأجنبي للإحتجاج الذي رفعه لديها. فإذا توصلت إلى نتيجة، فإنها بذلك تكون قد وضعت حدا للإحتجاج. أما إذا لم تتوصل إلى إيجاد حل لهذا الإحتجاج، فإنها تحاول أن تجد بالتعاون مع السلطة المختصة للدولة المتعاقدة أي الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها حلا للحالة المعروضة عليها بالتراضي. فنحن إذن، أمام إجراء ودي بناء على إحتجاج يرفعه المستثمر من أجل تفادي إزدواج ضريبي غير مطابق للإتفاقية non conforme à la convention. إلا أن هذا الإحتجاج، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعوض "الطعون المنصوص عليها من قبل القانون الداخلي للدول (619). وقد نصت على هذا الإحتجاج جل الإتفاقيات الثنائية وهو مفتوح إلى الشخص المقيم (620). بدولة متعاقدة أو بالدولتين

(618) ويقصد "بالسلطات المختصة" عادة هنا بالسلطات المالية أو التجارية أما في خصوص الجزائر فيقصد بها الوزير المكلف بالمالية أو من يمثله (المادة 3 من الإتفاقية النموذجية الجزائرية). وقد جاءت هذه المادة تحت عنوان "تعاريف عامة". وثيقة غير منشورة.

(619) مادة 25 فقرة 1 من الإتفاقية النموذجية للجزائر لعدم الإزدواج الضريبي وإقامة قواعد المساعدة المتبادلة في مادة الضرائب على الدخل والثروة. وثيقة غير منشورة.

(620) في مفهوم "المقيم" راجع المادة 4 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، الجريدة الرسمية عدد 37 لـ 16 يوليو سنة 1995، ص. 5. وكذلك المادة 4 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، الجريدة الرسمية عدد 35 لسنة 1991، ص. 5 إلى جانب المادة 4 من الإتفاقية الجزائرية التركية، الجريدة الرسمية عدد 65 لـ 12 أكتوبر سنة 1994، ص. 7.

المتعاقدتين عندما يكون موضوع الإحتجاج فرض ضريبة غير مطابقة لأحكام الإتفاقية وقع ضحيتها هذا الشخص المقيم. إلا أنه خلافا لهذه الإتفاقيات فإن كل من الإتفاقيتين النموذجتين: الإتفاقية النموذجية لمنظمة التجارة والتنمية الإقتصادية (621) O.C.D.E. وكذلك الإتفاقية النموذجية لمنظمة الأمم المتحدة (622) O.N.U تفتحان الإحتجاج للمقمين والوطنين معا. ونفس الإتفاقيتين النموذجتين تضعان ميعادا محددا لقبول هذا الإحتجاج. إلا أن بعضا فقط من الإتفاقيات الثنائية لتفادي الإزدواج الضريبي التي إطلعنا عليها هي التي تنص على مثل هذا الأجل. وقد تختلف المدة من إتفاقية إلى أخرى. أما عن بداية سريانه، فإنه لا يسري إلا إبتداء من أول إخطار بالتدابير التي تؤدي إلى فرض الضريبة الغير المطابقة لأحكام الإتفاقية. إن الغاية من التنصيص على هذا الأجل هو حماية إدارة الضرائب من الإحتجاجات المتأخرة للمستثمر الأجنبي المكلف بأداء الضريبة. إلا أنه، إذا كان الهدف من التنصيص على مثل هذا الأجل هو حماية الإدارة، فإن الإجراء الودي يهدف بالمقابل إلى منح حماية أكبر للمستثمر الأجنبي في مواجهة إدارة الضرائب بإعتبارها الجهة المختصة في تحصيل الضريبة. أما عن رفع الإحتجاج، فهو يرمي أساسا إلى عدم تطبيق التشريع الجبائي للدولتين الطرفان في المعاهدة على نفس المستثمر على ألا يرفع هو أيضا إحتجاجه في كلتا الدولتين معا.

وهكذا، فالإجراء الودي المعتمد من طرف جل الإتفاقيات لإيجاد مخرج لهذا الإحتجاج سوف يسير وفق مرحلتين: في مرحلة أولى، يجري الحل الودي بين المستثمر الأجنبي من جهة والسلطة المختصة لدولة الإقامة من جهة أخرى. وفي مرحلة ثانية، بين السلطة المختصة لدولة الإقامة والسلطة المختصة للدولة الأخرى الطرف في المعاهدة والتي يحمل المستثمر جنسيتها.

---

(621) OCDE, Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune, Rapport du comité des affaires fiscales de l'OCDE, Paris, OCDE, 1977, 225.

(622) ONU, Modèle de convention des Nations–Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, New-York, Nations-Unies, 1980, p. 291 Code : ST / E.S.A / 102.

بالنسبة للمرحلة الأولى، تجدر الإشارة، إلى أنه إذا رأت السلطة المختصة لدولـة الإقامة أن الإحتجاج مؤسسا ولكن لم تستطع أن تجد حلا له مع المستثمر، تقوم بالتمـاس السلطة المختصة للدولة الأخرى أي الدولة التي يحمل جنسيتها من أجل الحصول علـى حل توفيقي. ولكن بالرغم من كون هذا الإجراء الودي له مزايا فإن له عيوب. أحد المزايا اللصيقة بالحل الودي هو إمكانية وضعه حيز التنفيذ بسرعة. إلا أن آجال تنفيذ هذا الحل، فهي تختلف من إتفاقية إلى أخرى في حين حددت الإتفاقية الجزائرية التركية مدة التنفيـذ بسنة واحدة (623). أكدت الإتفاقية المبرمة مع رومانيا على أن الحل الـودي ينفـذ بقطـع النظر عن الآجال المقررة من قبل قانوني الدولتين (624).

مما يعني إتفاق الطرفين على تنفيذ الحل بسرعة لأن الأعمال لا تحتمل التباطئ أو التأخير. بينما الإتفاقية الجزائرية الإيطالية لم تشر على الإطلاق إلى المدة الزمنية اللازمة لتطبيق الحل الودي (625). نعتقد، أن عدم تحديد هذه الإتفاقية للمدة هو منح بطريقة غيـر مباشرة الدولتين المتعاقدتين حرية تحديد المدة الضرورية لتنفيذ الحل الودي بكـل سـيادة وطبقا للقوانين المعمول بها على ترابهما. ميزة أخرى مرتبطة بالحل الودي، هو إمكانيـة وضعه حيز التنفيذ من طرف المستثمر الأجنبي بصفة قبلية a priori أي حتى قبل إعـداد الضريبة أو تبليغها له. وهذا الإجراء هو إجراء وقائي يعمد إليه المستثمر الأجنبي لتفادي الإزدواج الضريبي وإستفحال النزاع. يكفي فقط، أن يكون المستثمر الأجنبي قادرا علـى إثبات أن الإجراءات التي إتخذتها سلطة الدولة المعنية من شأنها أن تؤدي إلى فرض تلك الضريبة. وبمعنى آخر، أنه من الممكن أن تفرض عليه "الضريبة غير مطابقـة لأحكـام الإتفاقية" (626). لكن ما يعاب على الحل الودي هو أنه يفرض علـى السـلطة المختصـة للدولة المضيفة للإستثمار إلتزاما ببذل عناية وليس إلتزاما بتحقيق غاية للوصول إلى حل ودي مع السلطة المختصة للدولة الأخرى.

(623) راجع المادة 26 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية التركية والمادة 26 فقرة 2 من الإتفاقيـة الجزائريـة الرومانيـة وكذلك المادة 26 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، المرجع السابق.

(624) أنظر مادة 26 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المرجع السابق، ص. 15.

(625) أنظر المادة 26 فقرة 2 من الإتفاقية الإيطالية، المرجع السابق.

(626) راجع على سبيل المثال المادة 26 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية وكذلك المادة 26 فقرة 2 من الإتفاقية الجزائرية التركية، المرجعان السابقان.

أي أن الحل يبقى في نهاية المطاف مرهونا بإدارة السلطتين المختصتين، وخاصة بمـدى رغبة السلطة المختصة للدولة المضيفة للإستثمار بإعتبارها السلطة التي يقع عليها الإلتزام بالمسعى. ولكن الحل المرجو لن يتأتى إلا إذا تنازلت إحدى السلطتين للأخرى من أجـل الوصول إلى حل توفيقي (627). أما عن الأسلوب للوصول إلى هذا الحل، فعادة ما يأخـذ شكل مفاوضات تجرى بين السلطة المختصة للدولة المضيفة للإستثمار والسلطة المختصة للدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها. وعلى إثر هذه المفاوضات، تقوم السلطتان بإصـدار قرار. إلا أن هذا القرار قد لا يستجيب لطلبات المستثمر. في هذه الحالة، فهو يعتبر قرارا نهائيا لا يجوز للمستثمر الطعن فيه أمام أي جهة قضائية، سواء أكانت هذه الجهة وطنيـة أم دولية. أما من حيث الشكل الذي يجب أن يأخذه الإحتجاج، فليس هنالك في الإتفاقيـات الثنائية التي إطلعنا عليها، ما يدلنا على الكيفية التي يتم بها هذا الإحتجاج. نعتقد، أنه فـي غياب مثل هذا المؤشر، فإنه بوجه عام، يمكن للمستثمر الأجنبي أن يقدم إحتجاجه طبقـا للتشريع الوطني المعمول به في كلتا الدولتين.

أما في خصوص الإحتجاجات المقدمة من طرف المستثمرين، فهي نادرة عمليـا. إذا أخذنا بعين الإعتبار السرية التي تحيط بمثل هذه الإحتجاجات وغياب النشر. وقد يعود أيضا بشكل غير مباشر إلى خصوصية العلاقة التي تربط البلدان النامية بالبلدان الأكثـر تقدما والتي تتميز غالبا بنوع من التحفظ والتخوف. ثم أنه غالبا ما ترفع الإحتجاجات أمام السلطات المختصة للبلدان المصدرة لرؤوس الأموال على حساب البلدان المستوردة لهـا والتي تجد نفسها مصدرا فقط لهذه الإحتجاجات.

وعلى صعيد آخر، فقد وضعت الإتفاقيات الثنائية شرطا مقيدا للإحتجاج، وهـو أن الإحتجاج يجب أن ينصب على مدى تطابق الضريبة مع أحكام الإتفاقية، ومن ثمـة فـإن الإحتجاج لا يعد مقبولا إذا كان مؤسسا على خرق لقـانون داخلـي لإحـدى الـدولتين المتعاقدتين، ولكن وفي المقابل، فلسطة المختصة للدولة المضيفة للإستثمار كل السلطات

---

(627) Guy Gest, L'importance des bénéfices des sociétés Françaises aux Etats-Unis, L.G.D.J, Paris 1979, p. 15.

لتقدير ما إذا كان الإحتجاج يتعلق بعدم تطابق الضريبة مع أحكام الإتفاقية أم لا (628). وإذا جاز لها أن تقبل هذا الشرط، تأتي بعد ذلك المرحلة اللاحقة وهي مرحلة سير الإجراء الودي في حد ذاته. ففي خصوص هذا الجانب، فإن جل الإتفاقيات تجعل من إدارة الضرائب المحرك الرئيسي للإجراء الودي. بيد أنها في المقابل لا تضع أي قاعدة سلوك صارمة للإدارة. فهي تنص فقط، على أنه على السلطة المختصة لكلا الدولتين أن تتصرف من خلال الإتصالات المباشرة التي تجريها أو عن طريق التشاور وتبادل الآراء بصفة شفاهية أو لا قصد إيجاد حل ودي للإحتجاج. وهذه الإتصالات يمكن أن تتم على مستوى لجنة مشتركة (629) أو أن تأخذ أي شكل آخر ترتضيه السلطتان. وبعبارة أخرى، لا توجد أي قاعدة تخضع إليها هذه الإتصالات، بالإضافة إلى أنه لا يوجد أي ميعاد محدد لإنهائها. وهذا السهو المتعمد ربما يعود - حسب نظرنا - إلى أن الإجراء الودي ينطبق على حالات معقدة يصعب حلها بسهولة. ولهذه الأسباب، كان من الضروري ألا تعمد هذه الإتفاقيات إلى عدم تحديد آجال دقيقة قد يصعب إحترامها عمليا.

ومن أجل تفادي المشاكل المتعلقة بوضع هذا الإجراء حيز التنفيذ وقصد مساعدة الدول على تجاوزها فقد أعد "كتاب مفاوضات الإتفاقيات الثنائية الجبائية بين البلدان النامية والبلدان السائرة في طريق النمو" جملة من الإقتراحات التي بإمكان هذه البلدان اللجوء إليها عند الحاجة (630). من جهة أخرى، نلاحظ أيضا أن هذه الإتفاقيات لا تضع على عاتق سلطتي الدولتين المتعاقدتين أي إلتزام بتحقيق الحل التوفيقي. فهي ملزمة فقط ببذل قصارى جهدها للوصول إلى هذا الحل. علاوة على ذلك، فالحل الذي من الممكن أن تتوصل إليه سلطتا الدولتين، بقدر ما يشكل نقطة إلتقاء بينهما، فهو يعد تنازلا من جهتهما عن حقهما في أن تكون تشريعاتهما الوطنية هي التي تطبق. وعلى صعيد آخر، تطرح هذه الإتفاقيات إشكالا يتعلق خاصة بنطاق تطبيق الإجراء الودي، لأنه مبدئيا يطبق هذا الإجراء كل مرة تكون فيها الضريبة غير مطابقة مع أحكام الإتفاقية.

(628) Plagnet. B, « Procédés techniques de suppression des doubles impositions », Juris-Class. Droit international, Fasc. 352 ou Droit fiscal International fasc. 16-2, éd. 1982.

(629) راجع المادة 26 فقرة أخيرة من الإتفاقية الجزائرية التركية وكذلك المادة 26 فقرة أخيرة من الإتفاقية الجزائرية الرومانية، المرجعان السابقان.

(630) ONU, Manuel de négociation …, op cit, pp. 119-168.

ولكن بما أن عبارة "ضريبة غير مطابقة للإتفاقية" تبدو غامضة فقد يصعب معها التمييز بين ما هو مطابق وبين ما هو غير مطابق لأحكام الإتفاقية، خاصة إذا علمنا أنه توجد حالات إزدواج ضريبي غير منصوص عليها في الإتفاقية. ولهذا السبب، وبمناسبة هذا الإجراء الودي، فإن إدارة الضرائب تعتد غالبا إلى اللجوء إلى المشاورات لتجاوز المشاكل التي قد يطرحها تفسير أو تطبيق الإتفاقية.

أما عن الإجراء الودي في هذه الحالة، فتصبح له ميزة أخرى، وهي المحافظة قدر الإمكان على الإتصالات المباشرة فيما بين الإدارات الضرائبية. كما أن البند المتعلق بتبادل المعلومات، هو أيضا عنصر مساعد للإبقاء على هذه الإتصالات من أجل تفسير وتطبيق سليم للإتفاقية. ولهذا الغرض، فأغلب الإتفاقيات تقريبا تنص على أنه يمكن للسلطة المختصة لكلا الدولتين أن تتبادل المعلومات الضرورية في خصوص تطبيق الإتفاقية وكذلك القوانين الداخلية التابعة لكل طرف في الإتفاقية (631). حتى وإن كانت هذه الإتفاقيات تضع هدفا آخر لعملية تبادل المعلومات وهو محاربة الغش الجبائي والتهرب الضريبي (632).

ومن ثمة، فنعتقد أنه لم يعد هنالك شك، في أن هذه الإتفاقيات حتى وإن كان موضوعها هو تفادي الإزدواج الضريبي، إلا أنها أيضا لها هدف آخر غير معلن، ألا وهو محاربة مثل هاتين الآفتين (633). إلا أنه يبقى أن نشير، أن مثل هذه المحاربة لا يمكن أن تتم عمليا بصفة متكافئة، نظرا لعدم وجود توازن في الإمكانيات المتاحة لكل من الدولة المضيفة للإستثمار والدولة الأخرى المتعاقدة.

ولكن خارج النزاعات مع الوكالة ومع إدارة الضرائب والتي تخضع مبدئيا - كما رأينا - إلى إختصاص المحاكم الإدارية للدولة، هناك نزاعات أخرى تخضع هي الأخرى إلى المحاكم الداخلية، ولكن هذه المرة إلى المحاكم العادية.

---

(631) أنظر المادة 27 فقرة 1 من الإتفاقية الجزائرية التركية وكذلك المادة 27 فقرة 1 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية.

(632) Michaud. P, Fiscalité internationale, Paris, Technique et Documentation, Lavoisier, 1ère éd, I vol, 1982, p. 286 et s.

(633) Arouni. M, L'assistance internationale au recouvrement d'impôts, mémoire d'études supérieurs de Droit, Université Mohamed V, Rabat 1996, p. 160 Dactylographié.

الفصل الثاني: إخضاع النزاعات الإستثمارية الأجنبية إلى إختصا ţ المحاكم العادية

تخص هذه النزاعات الشركة الجزائرية الأجنبية أثناء مزاولـة نشـاطها، ويمكـن تصنيفها إلى نوعين. النوع الأول، وهو النزاع الذي ينشأ في إطار الإستثمار عن طريـق الشراكة L'investissement en partenariat (المبحث الأول). أما النوع الثاني فهو النزاع الذي ينشأ عن الإستثمار المباشر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تسوية النزاعات في إطار الإستثمار عن طريق الشراكة

يأخذ الإستثمار في السابق ولا يزال صيغة الإشتراك مع الشريك الأجنبي. ولكـن إذا كانت في السابق، الغاية من هذا النوع من التعاون الإقتصادي، هي إلى جانب إقامـة صناعة جاهزة (مفتاح في اليد ثم الإنتاج في اليد)، نقل التكنولوجيا (634) أمـا الآن، فقـد أصبح للشراكة كصيغة جديدة للإستثمار المشترك، هدف آخر غير نقل التكنولوجيا، وهو ضخ رؤوس الأموال لتقليص المديونية الخارجية (635) من جهة، وإعادة تشغيل المصـانع التي عرفت إعادة هيكلة لإعادة تأهيلها من جديد، بمقاييس عالمية من جهة أخرى (636). ثم إذا كان الإستثمار عن طريق صيغة الإشتراك يقتضي في السابق وخاصة فـي المجـال البترولي مساهمة الطرف الوطني بـ 51 % ومشاركة الطرف الأجنبي بـ 49 % فقط. فإن هذه النسبة قد تغيرت اليوم لتصبح مفتوحة للطرفين بدون سقف محدد مسبقا بل وخاضعة لإتفاق الطرفين. بالإضافة إلى أن الإستثمار لم يعد مقتصرا على مجـالات دون أخـرى كالمجالات الإستراتيجية، لأنه أصبح يخضع إلى مبدأ حرية الإستثمار (637)، مما يعني أن كل المجالات أصبحت الآن قابلة لأن يستثمر فيها بكل حرية.

---

(634) Sur cette question, citons à titre tout à fait indicatif, Bouhacène. M, Droit international de la coopération industrielle, thèse, OPU-Publisud, Alger, 1982. Bouguerra. H, Le commerce technologique entre pays d'inégal développement, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1977.

(635) Belhimer. A, La dette extérieure de l'Algérie, une analyse critique des politiques d'emprunts et d'ajustement, thèse, éd Casbah, Alger, 1998.

(636) Sur la réforme économique en général et ses incidences sur les entreprises publiques en particulier voir à titre d'exemple Benissad. H, La réforme économique en Algérie (ou l'indicible ajustement structurel), OPU, Alger 1991.

(637) راجع مادة 4 من الأمر رقم 01-03 السالف الذكر.

إلا أن الشيء الذي يجب التنبيه إليه، هو أن الإستثمار عن طريق الشراكة قد يأخذ شكل شركة ذات أسهم أو شكل شركة محاصة. وفي كلا النوعين من الشركات وتحسبا لأي نزاع قد يطرأ في المستقبل يمكن للطرفين في القانون الأساسي لهذه الشركة (المطلب الأول) أو تلك (المطلب الثاني) أن يتفقا على إدراج بند يتعلق بكيفيات تسوية النزاعات. وهي نزاعات قد تثور أثناء مزاولة الشركة لنشاطها.

المطلب الأول: النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة الجزائرية الأجنبية ذات الأسهم

بادئ ذي بدأ تجدر الإشارة إلى أن الشخص المعنوي الأجنبي يجب عليه إذا أراد أن يستثمر في الجزائر، أن ينشئ شركة تجارية تكون خاضعة للتشريع الجزائري وأن يختار مقرا إجتماعيا لها في الجزائر (638) ويمكن أن تأخذ الشركة الجزائرية الأجنبية المنشأة عن طريق الشراكة أشكالا تجارية متنوعة. ولكن غالبا ما تأخذ هذه الشركة في الواقع كما أسلفنا إما شكل شركة مختلطة ذات أسهم أو شركة محاصة (639).

إن نظام النزاعات بالنسبة لهذين النوعين من الشركات قد نظمه القانون وأخضعه إلى إختصاص المحاكم العادية الجزائرية.

ولمواجهة، ما قد يطرأ من نزاعات يمكن للمساهمين في هذه الشركة أن يتفقوا على كيفيات تسوية النزاعات التي قد تنشأ خلال حياة الشركة.

وهكذا، فإنه من بين البنود التي إطلعنا عليها والمتعلقة بالنزاعات التي قد تنشأ بين المساهمين المادة 18-1 من القانون الأساسي للشركة المختلطة الجزائرية الفرنسية والخاصة بصناعة الأدوية والمسماة Rhone – Poulenc Saidal SPA. تنص هذه المادة على أن "كل نزاع يمكن أن يحدث خلال نشاط الشركة أو إبان تصفيتها سواء بين الشركة والمساهمين أو بين المساهمين أنفسهم في خصوص نشاط الشركة يخضع إلى مجلس الإدارة أو إلى الجمعية العامة لتسويته بصفة ودية. أما في حال عدم تسويته بالتراضي فإنه يعرض على محكمة مكان مقر الشركة".

---

(638) Voir art 547 du code de commerce et art 50 du code civil. Sur l'analyse de ces deux articles, voir Issad. M, Droit international privé. II Les règles matérielles OPU, Alger, 1983, p. 252 et s.

(639) Sur les différentes formes de sociétés commerciales en Algérie, voir par exemple Berchiche Zoubida, Typologie des sociétés commerciales dans le code de commerce réformé : Avantages et inconvénients de chaque forme sociale, mémoire magister, option : contrats et responsabilités, faculté de droit. Alger, 1996.

وطبقا لهذا البند من القانون الأساسي للشركة المذكورة تختص المحكمة الإبتدائية بالجزائر الفرع التجاري بالنظر في النزاع بين الشركاء المطروح أمامها لوجود المركز الرئيسي للشركة في الجزائر (ولاية الجزائر)، وهذا طبقا للمدة 8 فقرة 7 من قانون الإجراءات المدنية. ولهذا الغرض تضيف المادة 18-2 أنه "في صورة حصول نزاع يتعين على كل مساهم أن يتخذ مقرا لمخابرته وكل إستدعاء أو إعلام يقع إبلاغه بصفة قانونية إلى هذا المقر".

ولكن الملاحظ، أن هذا البند قد أغفل حالة عدم إختيار المساهم مقرا لمخابرته في هذه الحالة، فإن القاعدة تكمن في أن يقع إستدعاء المساهم أو إعلامه بصفة قانونية عن طريق نيابة وكيل الجمهورية للمحكمة أين يوجد بها المركز الرئيسي للشركة. ولكن هل يستطيع الشريك الوطني في علاقاته مع الشريك الأجنبي أن يلتجأ إلى التحكيم التجاري الدولي في خصوص تفسير أو تطبيق القانون الأساسي للشركة؟ نعتقد أنه إذا كان في السابق يحجر على الشريك الوطني حتى وهو في إستثمار مشترك مع الطرف الأجنبي أن يلجأ إلى التحكيم التجاري الدولي (640). فإن اليوم وبعد تعديل قانون الإجراءات المدنية، فإن للطرف الوطني الشريك في العملية الإستثمارية الحق في أن يدرج في القانون الأساسي للشركة بند يتيح له إستعمال التحكيم التجاري الدولي لإيجاد حل لنزاعه ضد شريكه الأجنبي والمتعلق بتفسير أو تطبيق القانون الأساسي للشركة (641).

إلا أن دعاوى خاصة نص عليها القانون التجاري تسمح من خلالها لأحد المساهمين في الشركة بأن يرفع دعوى شخصية ضد مساهم آخر شريك له في الشركة ولكن أي نوع من هذه الدعاوى يمكن أن يرفعها المستثمر الأجنبي في مثل هذه الظروف؟ وعلى أي أساس؟ وما هي النتائج المترتبة عن رفع هذه الدعوى؟ من أجل حماية مصالحة ضد إنتهاكات شريكه في الشركة، يمكن للمستثمر الأجنبي أن يمارس منفردا دعوى في

---

(640) راجع المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية في صيغتها القديمة.

(641) On peut citer à titre d'exemple l'art 40 du statut d'une société mixte algéro-étrangère qui stipule « Les parties doivent rechercher une solution à l'amiable à tous le litiges qui surgiraient entre elles concernant l'application du présent statut. A défaut d'accord, le litige sera soumis à un ou plusieurs arbitres conformément au règlement de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce internationale », document inédit.

المسؤولية المدنية (642). ويقصد بهذه الدعوى، التعويض عن الضرر يكـون قـد لحـق المستثمر مباشرة وشخصيا، بقطع النظر عن الضرر الذي يلحق الشركة. ولكن في هـذه الحالة، فإنه يقع عليه عبئ إثبات الضرر الذي لحقه والذي يكون قد تسبب فيـه المسـاهم شخصيا. ومن الآثار المترتبة عن هذه الدعوى، هو حصول المسـتثمر الأجنبـي علـى تعويض عن الضرر الذي أصابه، والذي لن يعود في صورة الحصول عليه إلى الشـركة بل إلى المتضرر ألا وهو المستثمر الرافع للدعوى بصفته الشخصية وليس بإسم الشـركة ولصالحها. إلا أنه في الحالة العكسية، أي إذا كان الغرض من رفع الـدعوى مـن قبـل المستثمر هو إصلاح ضرر جماعي، فإن هذه الدعوى، لا يمكن أن يمارسـها المسـتثمر شخصيا، وإنما هي دعوى مخولة للمثلين الشرعيين للشـركة. وبالنتيجـة، فالتعويضـات المتحصل عليها، فهي ترجع بالأساس إلى الشركة وليس إلى المستثمر الأجنبي شخصيا.

إلا أن المستثمر قد يجد صعوبة في رفع دعواه إذا كان للطرف الوطني الأغلبيـة في رأس المال، لأن إحتلال هذا الأخير للمناصب الإدارية الهامة في الشـركة بإعتبـاره صاحب الأغلبية سوف يجعله في موقع قوي يمكنه من التصدى لهذه الدعوى من الأساس. إلا أننا نعتقد، أنه إذا كان ذلك ممكنا في السابق، أين الطرف الوطني له الأغلبية في رأس المال، فإن اليوم، ومع إلغاء نظام الأغلبية المستحقة للطرف الوطني، فإن الطعـن الـذي يرفعه المستثمر الأجنبي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعرقل من طـرف مسـيري الشركة الذين كانوا يمثلون في السابق المساهمين بالأغلبية في الشركة.

ولكن بالمقابل، يمكن للمستثمر الأجنبي أن يقوم منفردا برفع دعوى الشركة ضد القـائمين على أساس سوء التسيير أو الخطأ الإداري يكون قد ألحق ضررا بالشركة ولو بصفة غير مباشرة وهذا طبقا للمادة 715 مكرر 24 من القانون التجاري بل أن القضاء قد إستقر في فرنسا على أن إهمال القائمين بالإدارة يمكن أن يتمثل في إغفال الرقابة علـى تصـرفات المديرين مما يسمح لهم بالإستمرار في مباشرة نشاط يضر بالشركة وبالمساهمين وبالغير(643) .

(642) Bouzana. B, op cit, p. 317.

(643) Cass. Req. 22 juin 1936, J. Soc. 1937, 539, Com. 10 mai 1948, J.C.P.. 1948. 11 4937, note Bastian. S. 1950.I. 77, note Plaisant, com. 3 mai 1954, JCP, 1954. II 8257, note Lagarde, 17 janvier 1970, D.S 1970. 480, note Poulain, Douai, 11 juillet, 1957, D. 1957. 715, note Lagarde, Aix, 3 février 1966. II. 14861, note Percerou, Rev.Gén, R.G.D.I.P lois, 1967. 152, note Vasseux.

كما وضع القانون التجاري قواعد خاصة من شأنها أن ترفع عن المستثمر كل الحواجز التي تحول دون ممارسته دعوى المسؤولية. وهي القواعد المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 25 (644).

ومن جهة أخرى فقد منح القانون التجاري الجزائري المستثمر الأجنبي الحق في ممارسة دعوى البطلان ضد القرارات الغير قانونية للأجهزة الإجتماعية للشركة التي تستهدف بصفة غير شرعية تعديل القانون الأساسي للشركة وهذا طبقا للمادة 733 من القانون التجاري. وتهدف هذه الدعوى إلى إبطال كل الأعمال Les actes التي تصدر عن هذه الأجهزة والتي تأتي سواء من مخالفة نص ملزم للقانون المنظم للشركات أو من القوانين التي تسري على العقود. وكل هذه الأعمال المخالفة للقانون من شأنها أن تمنح المستثمر الأجنبي الذي تضرر من جراء هذه الخروقات، سواء بمقتضى القواعد التي تنظم المسؤولية التي تقع على عاتق القائمين بإدارة الشركة أو بمقتضى القانون العام للمسؤولية، الحق في المطالبة بإبطال هذه الأعمال. وقد وقفت المحاكم في خصوص هذه النقطة بالذات موقفا متشددا، فأعطت المساهم الذي يرتكز في طعنه ضد هذه القرارات على عدم مشروعيتها أو على عدم ملائمتها، الحق في أن يطالب بإبطال هذه القرارات على أساس مخالفتها للقواعد التي تحكم تنظيم وسير الشركات التجارية بوجه عام.

ولكن النزاعات لا تنحصر فقط على مستوى الشركة الجزائرية الأجنبية ذات الأسهم، فقد نجدها أيضا في الشركة المختلطة التي تأخذ شكل شركة محاصة.

المطلب الثاني: النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة الجزائرية الأجنبية في إطار شركة المحاصة.

إن الشريك الأجنبي الذي يرغب في الإستثمار في الجزائر يمكن أن يؤسس مع الطرف الوطني شركة محاصة (645). وبناء عليه، فإنه يمكن للشريكين الوطني والأجنبي

---

(644) تنص المادة 715 مكرر 25 على أن "كل شرط في القانون الأساسي يقضي بجعل ممارسة دعوى الشركة مشروطا بأخذ الرأي المسبق للجمعية العامة أو إذنها أو يتضمن مبدئيا العدول عن ممارسة هذه الدعوى يعد كأنه لم يكن. ولا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة أي أثر لإنقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لإرتكابهم خطأ أثناء القيام بوكالتهم".

(645) Voir les articles 795 bis à 795 bis du code de commerce consacrés à la société en participation.

أن يتفقا بمحض إرادتهما وبمقتضى عقد تأسيس على إنشاء هذه الشركة (646) وأن يحـددا صلب هذا العقد كيفيات تنظيم وسير الشركة إلى جانب حقوق وإلتزامات كل طرف فـي الشركة سواء تعلق الأمر بحصة كل واحد منهما في الإستثمار، أو فـي الإنتـاج. وفـي الحقيقة، تتميز هذه الشركة بخاصيات من شأنها أن تنعكس على وضعها القضائي في حال نشوب بين الشريكتين. إن أول ميزة تتميز بها هذه الشركة هو أن كـل عضـو ولـيس الشركة نفسها، له الحق في أن يرفع دعاوى أمام المحاكم العادية.

ولكن أي نوع من هذه الدعاوى يمكن أن يرفعها هذا الشـريك خاصـة إذا كـان أجنبيا، وهل بإمكانه أن يلجأ إلى الحماية الدبلوماسية لحكومته الأصلية عندما يتعلق الأمر بنزاع خطير يجمعه بالطرف الوطني مثله مثل الشريك المساهم فـي شـركة مسـاهمة جزائرية أجنبية؟ ميزة أخرى تتميز بها الشركة الجزائرية الأجنبية المنشأة في شكل شركة محاصة، هو عدم تمتعها بالشخصية المعنوية (647). من بين النتائج المترتبة عن غياب هذه الشخصية، هو عدم وجود مقر إجتماعي للشركة، وعدم إمكانية رفع دعاوي سـواء مـن طرف الشركة أو ضدها. كما أن لغياب المقر الإجتماعي إنعكاسات على المسائل المتعلقة بالإختصاص الإقليمي للمحكمة المؤهلة للفصل في النزاع.

فمثلا ترفع النزاعات التي تنشأ عن سير الشركة أمام المحكمة الفرع التجاري أين يوجد بها المقر الإجتماعي للشركة.

ومن جهة أخرى، ولأن شركة المحاصة ليست لها شخصية قانونية، فإنه من غيـر الممكن للشركة سواء عن طريق ممثلها القانوني أي مديرها العام أو عن طريق مجلـس إدارتها أن ترفع دعوى قضائية. للشريك وحده الحق بإعتباره عضوا في الشركة وطرفـا في عملية الإستثمار المتنازع عليها في أن يرفع هذه الدعوى، كما أنه بالمقابل لا يمكن أن تكون الشركة محل متابعة قضائية من قبل الشركاء.

---

(646) Sorte de « contrat international sans loi étatique de rattachement », la société en participation offre une structure adéquate aux groupements d'entreprises pour la réalisation d'opérations ponctuelle (Paris 26 juin 1990, Bull Joly 1990, p. 891, n° 278).

(647) Bollecher-Stern. B, « Problèmes récents du droit pétrolier », in Droit économique, éd. A. Pédome, Paris, 1978, p. 43.

إن أغلب شركات المحاصة لا تنص في قوانينها الأساسية بصفة واضـحة علـى المحكمة المختصة في النزاعات الناشئة سواء فيما بين الشركاء داخل مجلـس الإدارة أو بين هذه الأخيرة والشريك الأجنبي في خصوص تفسير أو تنفيذ البنود التعاقدية. إلا أنـه ولتجاوز هذا الفراغ، يستوجب الرجوع إلى القانون الجزائري المنظم للشركات التجاريـة الذي يسمح بمقتضاه لأي شريك في أي نزاع أن يلتمس المحكمة، الفرع التجاري، لحماية حقوقه والدفاع عن إدعاءاته، وإن كان إستعمال التوفيق كمرحلة مسبقة قبل اللجوء بصفة آلية ومباشرة إلى المحكمة يبقى، في أغلب الأحيان، هو الحـل لتفـادي القطيعـة بـين الشريكين وبناء عليه، فإنه يحق للشريك الأجنبي أن يرفع دعـوى فـي الـبطلان ضـد القرارات الصادرة عن مجلس الإدارة في خصـوص الميزانيـة أو بـرامج الإنتـاج أو المحاسبة، عندما تكون هذه القرارات قد أتخذت بصورة تخالف النصوص التشـريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المحاصة، وكذلك في صورة مخالفتها للقوانين الأساسـية للشركة. أو كأن تكون هذه القرارات معيبة بأحد العيبين التدليس أو التعسف في إسـتعمال الحق.

من جهة أخرى، يتمتع مسير الشركة الجزائرية الأجنبية وكأي مسير فـي شـركة محاصة بصلاحيات واسعة من أجل تمثيل الأطراف طبقا للتعليمات التي يأذن بها مجلـس الإدارة، وفي حدود البرنامج والميزانية المصادق عليهما من طرف نفس الجهاز وعليـه، فإن مسؤولية المسير إذا كان طرفا وطنيا تبقى كاملة تجـاه الطـرف الآخـر إلا وهـو المستثمر الأجنبي. فهذا الأخير يمكن أن يقاضيه في حال خطأ جسيم أو عـدم إحترامـه للإلتزاماته، من بينها أن يبذل دائما في إدارة الشركة عناية الرجل المعتاد en bon père de famille وذلك بإمتثاله لما تم الإتفاق عليه في العقد التأسيسي للشـركة. كمـا يمكـن أن يقاضيه من أجل المسؤولية الشخصية، كوكيل عن الشركاء وبما يتمتع به من صـلاحيات في إدارة وتسيير الشركة، أو على أساس مخالفته للقانون المنظم للشركات التجاريـة، أو الخطأ المرتكب أثناء تسييره للشركة والذي يكون قد ألحق ضررا بالشركة.

ولكن هل يمكن للشريك الأجنبي في نزاعه مع الطرف الوطني أن يستنجد بالحماية الدبلوماسية لدولته الأصلية من أجل حماية مصالحه؟ مبدئيا لا شيء يمنع شريكا أجنبيا في

شركة محاصة أو مساهما في شركة ذات أسهم من أن يستعين بالحماية الدبلوماسية لدولته الأصلية في حال المساس بمصالحه وبحقوقه العائدة له في الشركة.

ولكن السؤال الذي يطرح وهو معرفة ما إذا كان في مقدور الدولة الوطنية للشريك الأجنبي أن تمارس تلك الحماية لتحول النزاع من نزاع بين الدولة المضـيفة للإسـتثمار وأحد رعاياها إلى نزاع بينها وبين الدولة المستقبلة للإستثمار، وبالتالي إخضاع النزاع إلى إجراءات التسوية الدولية، مثلما هو معمول به في إطار القانون الدولي العام.

فمثلا في 5 فيفري سنة 1970 صدر قرار في ما يعرف بقضية Barcelona Traction رفضت محكمة العدل الدولية بمقتضاه أن يكون للحكومة البلجيكيـة بإعتبارهـا الدولـة الحامية صفة تبني إحتجاج رعاياها المساهمين في شركة كندية، كانت قد قامت السلطات الإسبانية بإتخاذ إجراءات ضدها، معتبرة أن مثل هذا التدخل بإسم الحمايـة الدبلوماسـية يمكن أن يفتح الباب على مصراعيه أمام العديد من الإحتجاجات الدولية بصفة متزامنـة. إلى جانب كون هذه الإحتجاجات يمكن أن تخلق جوا من الغمـوض وعـدم الإسـتقرار المضر بالعلاقات الإقتصادية الدولية.

وعلى هذا الأساس، رفضت المحكمة الطرح الذي يقول بوجـود حـق إحتيـاطي subsidiaire للحماية تابع للدولة الوطنية للمساهمين. إلا أن هذا الرأي لا يشاطره بعض من الفقهاء الذين يؤكدون على وجود قاعدة خاصة في القانون الدولي تكرس حق الدولة في أن تحمي دوليا المساهمين الذين يحملون جنسيتها. وهو حق تمليه كما يقولون إعتبارات تتعلق بالعدالة والإنصاف (648). فيما يعتبر جانب آخر من الفقهاء، أن هذا الحـق لا يمكـن أن يمارس بصفة موسعة وغير محدودة. "بل أنه عند ممارسة هذا الحق لا يجـب أن تغيـب عن الأذهان الصفة الجوهرية والأساسية للمصالح التي يمتلكها المساهمون في الرأسـمال التأسيسي للشركة المنشأة محليا" (649) وقد وجد هذا الطرح في الحقيقة صـدى لـه لـدى القضاء الدولي، الذي يعتبر أنه من بين إحدى الوظائف العادية للدولة هي مراقبة وحماية

---

(648) Bindohedler. R.D, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », R.S.J.B, 1964, p. 141, De Visscher. Ch, De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel elle s'est constituée, RDILC, Vol XV, 1934, pp. 624-639.

(649) Kiss. A. Ch, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale », in La personnalité morale et ses limites, L.G.D.J, Paris 1960, p. 209. De Visscher. P, « La protection diplomatique des personnes morales », RCADE la Haye, 1961 –1 .

الإستثمارات المنجزة خارج حدودها، بنفس القدر من الحماية والمراقبة التي تمارسها على تلك، المنجزة على ترابها الوطني (650).

أما من وجهة نظر الدول المستقبلة للإستثمار، فقد كان ولا يزال موضوع الحماية الدبلوماسية عائقا في ممارستها لسيادتها الإقتصادية والقضائية. كما أنها تعتبر أن الحماية الدبلوماسية تمنح وضعا متميزا للمساهمين الأجانب قد لا يعطيهم إياه حتى القانون الدولي نفسه. بل وتنظر هذه الدول إلى الحماية الدبلوماسية بإعتبارها فقط الوسيلة التي تلوح بها الدولة الأصلية للمساهمين الأجانب، من أجل الإبقاء على الهيمنة التي تمارسها الشـركات المتعددة الجنسيات إزاء البلدان المضيفة للإستثمارات. ولهذا الغرض، فـإن بعضـا مـن البلدان المنتجة للبترول مثلا، قامت في عقودها الإستثمارية وكـرد فعـل عـن الحمايـة الدبلوماسية بفرض ما يعرف ببند Calvo (651) على المساهمين الأجانب مما، دفع بالـدول الحامية للمساهمين إلى التخلي عن هذه الحماية.

بقي أن نشير، إلى أنه بعد هذه المرحلة من الفعل ورد الفعل، تخلت البلدان المتقدمة عن فكرة الحماية الدبلوماسية وعوضتها في وقت أول بما يسمى بـإجراءات المسـاعدة والضمان ثم في وقت لاحق بما يعرف بإحلال الدولة الحامية مكان رعاياها في إطار مـا يسمى الآن بالإتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة للإستثمارات (652). إلا أن رجال القـانون من البلدان السائرة في طريق النمو وكرد فعل لكل هذه البدائل، إقترحوا إسـتعمال تقنيـة جديدة وهي المسؤولية الدولية الأصلية للشركة الأجنبية العاملـة فـي الدولـة المسـتقبلة للإستثمار، عندما يكون نشاط هذه الشركة قد تسبب في الضرر الذي لحق البلد المضـيف للإستثمار (653). وقد إنطلق هؤلاء القانونيون من فكرة، أنه غالبا مـا تسـتعمل الحمايـة الدبلوماسية من قبل حكومات البلدان المتقدمة التي يقع على عاتقها حماية شركاتها فقـط، عندما ترى أن مصالح هذه الأخيرة مهددة. إلا أنها ترفض في المقابل أن تتدخل عندما

(650) C.I.J, recueil 1979, p. 279.

(651) Zahi. A, op cit, p. 165. Pour un exposé exhaustif des controverses relatives à la validité ou à la nullité de ladite clause. Voir Chappez. J, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes », Paris, Pédone 1972, p. 75 et s.

(652) راجع على سبيل المثال مادة 6 من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية، المرجع السابق والمـادة 9 مـن الإتفاقية الجزائرية الإسبانية، المرجع السابق.

(653) Voir Dupuy. P.M, La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle, Paris, Pédone, 1976, p. 51 et s.

تلاحظ أن مصالح البلدان المستقبلة للإستثمار قد ديست. وبذلك، فإنهم يرون أن تدخل هذه الحكومات يسقط بالنتيجة المقولة التي مفادها أن الدولة المضيفة للإستثمار هي التي توجد دائما في مركز القوي، وأن الشركة الأجنبية هي دائما الضحية. إلا أن نظرية المسـؤولية للدولية الحامية، قد واجهت العديد من الإنتقادات من جانب هذه الدول. ومـن بـين هـذه الإنتقاذات، أن المسؤولية الدولية لا يمكن التمسك بها في ظل الدور الحيادي للدولـة فـي النظام الليبيرالي. وبعبارة أخرى، لا تتدخل الدولة في الإقتصاد المتفتح في نشاط الشركات الخاصة التي تعمل في الخارج. وبالتالي والحالة تلك، فلا يمكن الـتكلم البتـة عـن أي مسؤولية دولية يمكن أن تتحملها الدولة الأصلية بالتبعية جراء عمل أو نشاط قامت به هذه الشركات، خاصة وأن هذه الأخيرة تتمتع بقدر كبير من الحرية في تصـرفاتها القانونيـة تجاه الآخرين، وبالذات تجاه الدولة المستقبلة للإستثمار والتي تنشط على أراضيها. إلا أن هذه الحجة التي تلوح بها الدولة الوطنية للشركة الأجنبية تعد مرفوضة بالنسـبة للدولـة المضيفة للإستثمار، التي تعتبر أن الحرية المزعومة التي تتمتع بها هـذه الشـركات، لا يمكن أن تعفى الدولة الأصلية عن أي مسؤولية دولية، لأنه غالبا مـا تعمـل الشـركات الخاصة الأجنبية في إطار توجيهات الدولة الوطنية الحامية لها، خاصة وأن هذه الشـركة غالبا ما تتلقى الدعم المالي للإستثمار من بنوكها، مقابل تحويل الفوائد إليها بإعتبارها البلد الأم والمستفيد الأول من هذه الفوائد. لا نعتقد، أن حرية الحركـة الممنوحـة للشـركات الخاصة قد تحقق لها الإستقلالية التامة عن الدولة الوطنية، ذلك أن الإستثمارات التي تقوم بها هذه الشركات في الخارج إنما تقع ضمن دائرة مصالح الدولة الوطنية. ولهذا الغرض، فلا أحد ينكر أن هذه الدولة لا تتأخر في الدفاع عن هذه الشركة إذا رأت أن مصالحها في الخارج هي مهددة لأن مصالح هذه الأخيرة إنما هي من مصالحها.

ألا أن تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار لا تخص فقط الإستثمارات المنجـزة عن طريق الشراكة بل وأيضا الإستثمارات التي تنجز في إطار الإستثمار المباشر.

المبحث الثاني: تسوية النزاعات في إطار الإستثمار المباشر

تخضع تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار المباشر إلى مبدأ إقليمية النزاع. (المطلب الأول) إلا أن هذا المبدأ بالرغم من الإيجابيات التي يتمتع بها، إلا أنه يعرف في التطبيق عدة مشاكل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إقليمية النزاع

إن مبدأ إخضاع نزاعات الشركات الأجنبية للمحاكم الوطنية للدول المستقبلة للإستثمار كان ولا يزال موضوع نقاش حاد بين مؤيدين لهذا المبدأ والرافضين له، تحت عناوين وحجج مختلفة خاصة مع بداية التأميمات الأولى التي مست العديد من هذه الشركات بإسم السيادة الوطنية للدولة على ثرواتها الطبيعية. إلا أن الشيء الذي يجب التأكيد عليه، هو أنه خارج هذا النقاش فقد كرس القانون الدولي الوضعي حق الدولة في إخضاع جميع النشاطات التي يقوم بها المستثمرون على ترابها إلى محاكمها الوطنية (654). وهو نفس المبدأ الذي أخذت به الجمعية الدولية للحقوقيين الديمقراطيين سنة 1971 والتي أكدت في إحدى وثائقها على أن "النزاعات التي تنشأ عن النشاطات البترولية والواقعة على تراب الدولة المنتجة للبترول تخضع إلى محاكم القانون العام لهذه الدولة" (655). كما سعت العديد من الدول في العالم آنذاك إلى منح الأولوية إلى محاكم الدولة المضيفة للإستثمار، وذلك من خلال وضع مدونة سلوك تتقيد بها الشركات العبر دولية.

واليوم أيضا، يأتي مبدأ إقليمية النزاع في عقود الإستثمار المباشر كإستجابة طبيعية للعلاقة الوثيقة التي تربط بين الإختصاص التشريعي والإختصاص القضائي، ومن بين عقود الإستثمار التي تأخذ بهذا المبدأ هي تلك المنصبة على إقامة مشاريع إقتصادية ذات قيمة مثل الصناعة البترولية والبتروكيمائية والتي تتطلب نقلا للتكنولوجيا وكذا تلك المتعلقة بالصناعة الصيدلانية حديثا، إلى جانب العقود المتعلقة بالمساعدة التقنية. فمثلا في إطار عقد إستثماري بين شركة سونطراك والشركة الأجنبية "ب" نصت المادة 22-1

---

(654) Chappez. J, op cit, pp 20-21 et 28.
(655) V Document présenté par les pays en voie de développement. Commission de sociétés transnationales, Rapport sur la 2ème session, Lima (1er-12 mars 1976) cité Bouzana. B, op cit.

منه على أن " كل نزاع ينشأ في خصوص تفسير أو تنفيذ العقد الحالي مـا لـم يـتمكن الطرفان من تسويته وديا يخضع إلى المحاكم الجزائرية". الملاحظ هنا، أنه إذا كان فـي السابق بحكم السياسة القضائية للدولة ومعارضتها للتحكيم التجاري الدولي يعد إدراج مثل هذا البند في عقد إستثماري من هذا الحجم أمرا سهلا، فحاليا ونظرا للتغيـرات الدوليـة وللتوجه العام فإنه يعتبر التمسك بإختصاص المحاكم الوطنية أمرا إستثنائيا ولا شـك أن مثل هذا البند قد سبقته مفاوضات ومناقشات عسيرة بشأنه.

ولهذا الغرض، فإن إختيار المحاكم الوطنية في مثل هذه العقود لا يمكـن فرضـه على الطرف الأجنبي بسهولة. وإن جاز أن يقبله فهو ليس دائما وبصفة آلية، ويكون عادة على حساب بنود أخرى تتعلق سواء بالسعر أو بالضمان (656). من جهة أخرى، عادة مـا تسبق اللجوء إلى المحاكم الوطنية، محاولة توفيق مثلما لاحظناه في بند تعاقدي بين شركة سونلغاز وشركة أجنبية "ع" حيث ينص هذا البند على أن "أي نزاع ينشأ عـن تنفيـذ أو تفسير العقد يجري تسويته بالتراضي، وإذا تعذر فإن النزاعات تخضـع إلـى المحـاكم الجزائرية". الملاحظ هنا، هو أن الحل التوفيقي يأخذ دائما الأولوية على التسوية القضائية التي تبقى نتائجها غير مؤكدة ومكلفة. وفي بعض العقود التي إطلعنا عليها لا يمكن اللجوء إلى الحل الودي إلا إذا كان ذلك ممكنا ومن شأنه ألا يسبب للطرفين مضيعة للوقت. وفي هذه الحالة بالذات، يتفق الطرفان على أن يكون التوفيق جوازيا كمرحلة مسـبقة ولـيس إجباريا حتى يمكن لهما المرور مباشرة إلى المحاكم الوطنية. ولكن حتى وإن كان التوفيق إجباريا، فقد يحاول الطرفان في العقد أن يتجنبا في تعاملهما مع هذه الوسيلة الإجـراءات الثقيلة كالإجراء الكتابي وكيفية تعيين موفق طبقا لمواصفات معينة وتحديد مـدة قصـيرة لإيداع تقرير الموفق ... إلخ وإن كانت هذه الشكليات تمليها عادة الضـرورة والفعاليـة. ولكن مهما يكن من أمر، فالتوفيق لا يمكن بأي حال من الأحـوال أن يعـوض المحـاكم الوطنية. إلا أنه يمثل حلا بديلا ومقبولا بالنظر إلى التعقيدات التي تعرفهـا الإجـراءات القضائية.

---

(656) Terki. N, « L'arbitrage et l'entreprise … », op cit, p. 58.

إلا أنه أيضا ومن جهة أخرى، لا يمكن أن يشكل التوفيق وسيلة لتسوية نهائية لأنه ومن أجل إيجاد حل نهائي للنزاع لا بد إذا فشلت محاولات التوفيق أن يلجأ الطرفان إلى الوسيلة القضائية. نعتقد أنه حتى مع تنامي ظاهرة إستعمال التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي في عقود الإستثمار المباشر، إلا أن مسألة المحاكم الوطنية ما زالت تشغل محرري العقود الإقتصادية الدولية نظرا لتضارب المصالح بين طرفي العقد من جهة والموضوعية التي تفرض غالبا مثل هذا الإختيار من جهة أخرى.

ومما يدعم فكرة التمسك بإختصاص المحاكم الوطنية من ناحية أخرى، هي عناصر الإسناد التي تكرسها قواعد تنازع القانون الدولي الجزائري (657). ومثيلاتها من القواعد التي إستند عليها فقه القضاء التحكيمي في العديد من القضايا البترولية (658). وجميع هذه العناصر تؤكد بدون منازع أحقية المحاكم الجزائرية للنظر في النزاعات الناشئة عن هذه العقود وتعكس إرادة الطرفين في توطين العلاقات الإستثمارية على التراب الوطني. ومن بين هذه العناصر، نذكر خاصة بعنصرين أساسيين وهما عنصر مكان إنعقاد العقد، وعنصر مكان تنفيذ العقد. بالنسبة لعنصر مكان إنعقاد العقد، فإنه بعد إطلاعنا على مجموعة من العقود، تأكد لنا أن أغلب هذه العقود هي مبرمة وممضاة في الجزائر بين الرئيس المدير العام للشركة الوطنية والممثل القانوني للشركة الأجنبية. وهذا يعني أن العلاقات التعاقدية التي تنظمها مثل هذه العقود يحكمها قانون مكان إنعقادها والذي من نتائجه إخضاع النزاع الناشئ عنها إلى إختصاص محكمة مكان إنعقاد العقد أي إلى إختصاص المحكمة الوطنية.

غير أن عنصر مكان إنعقاد العقد لم يعد العنصر الذي يعتمد عليه في تحديد المحكمة المختصة بالنزاع لأنه ببساطة يشكل في نظر بعض الفقهاء مظهرا من مظاهر

---

(657) مادة 9 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

(658) Voir sentence Abou Dhabi. I.C.I.C, p. 250, Quatar, IL. R, 1953, p. 546 Aramco, Rev.Crit. DIP, 1963, pp. 314-316, Saphire, ASDI, 1962, p. 284.

الإحتفالية فقط (659) un phénomène cérémonial. ولهذا الغرض، فإنه غالبا ما يعتد بمكان تنفيذ العقد كمرجعية يمكن التمسك بها للمطالبة بإختصاص المحاكم الوطنية.

ونعني بتنفيذ العقد، التنفيذ المادي له. لأنه في مكان تنفيذ العقد أيـن يقـع معانيـة المشاكل اللصيقة بعملية التنفيذ والتي يجب عرضها على محكمة مكان التنفيذ لحلها.

ثم إلى جانب هذين العنصرين، هنالك عنصر آخر لا يقل أهمية عـن العنصـرين السابقين ألا وهو مكان موقع العقار. يعتبر معيار موقع العقار الأكثـر إسـتجابة لتحديـد المحكمة المختصة بفضل ما تتمتع به من روابط مادية ووثيقة بالأرض التي يقـع عليهـا العقار (560). فضلا عما يتمتع به هذا المعيار من ثبات وديمومة يجعلان منـه معيـارا ذا قيمة أعلى من القيمة التي يتمتعان بها المعياران السابقان. ولهذا الغرض، فإن الإختصاص يعود إلى المحاكم أين يقع بها موقع العقار، وكذلك الشأن بالنسبة للإختصاص التشـريعي مهما إختلفت جنسية الطرفين المتنازعين وطبيعة الدعوى القضائية سـواء أكانـت هـذه الدعوى عينية أو شخصية أو مدنية أو تجارية (661). وعلى صعيد آخر، يتميز مكان موقع العقار بكونه يسهل إجراءات التحقيق والخبرة وإجراءات تنفيذ الأحكـام القضـائية بعـد صدورها.

وخلاصة القول، إن المعايير الثلاثة جميعها تؤدي في النهاية إلى إختيار قانون البلد المضيف للإستثمار وإلى إخضاع النزاعات المتولـدة عـن العمليـة الإسـتثمارية إلـى إختصاص محاكمه أي إلى إختصاص المحاكم الجزائرية بالنتيجة. ولكن الملاحظ أيضـا، أنه بالرغم من أن هذه المعايير تنتهي إلى الأخذ بإختصـاص المحـاكم الوطنيـة إلا أن الطرفين ممكن أن يدرجا في العقد الإستثماري شرطا تحكيميا مخـالفين بـذلك المعـايير السالفة الذكر، بالرغم من الموضوعية التي تتميز بها هذه المعايير والتي مـن شـأنها أن تؤهل المحاكم الوطنية للنظر في النزاع على حساب أي وسيلة أخرى.

---

(659) Bencheneb. A, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, thèse dactylo, Paris II, 1979, p. 327.

(660) Issad. M, Droit international privé …, op cit, p. 124 et s.

(661) راجع المادة 18 فقرة 2 من القانون المدني التي تخضع العقود المتعلقة بالعقار إلى قانون موقعه والمادة 8 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية التي تخضع كل ما يتصل بالعقار، سواء أكانت دعاوى عقاريـة أو أشـغال أو إيجـارات تتعلق بالعقار إلى إختصاص المحكمة التي يقع العقار في دائرة إختصاصها.

ولكن عموما، حتى وإن كان مبدأ إقليمية النزاع هو وجيه من الناحية الموضـوعية والقانونية للأسباب التي أشرنا إليها سلفا. إلا أن مثل هذا المبدأ، قد لا يجد طريقـه إلـى التطبيق بسهولة.

المطلب الثاني: عدم فعالية مبدأ إقليمية النزاع

إن أول مشكل يصطدم به مبدأ إقليمية النزاع هو تخلي الدولة الطوعي عن ممارسة الطعون الداخلية. بمعنى آخر، أنه من الممكن أن تتخلى الدولة عن مبدأ إقليميـة النـزاع بواسطة إتفاق صريح تعلن فيه عن عدم تمسكها بحقها في اللجوء المسبق إلـى الطعـون الداخلية أمام أي هيئة تحكيمية دولية. لأن مجرد التمسك به، يعني فـرض الإختصـاص المحلي في مواجهة محاولة المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم في حال إدراج الطرفين لشرط يقضي بإستعمال هذه الوسيلة الدولية.

ثان مشكل يعترض مبدأ إقليمية النزاع عند التطبيق، هو أنه بـالرغم مـن إتفـاق الطرفين على اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة للإستثمار. فإن هذا البند يصبح بدون أي معنى عندما يعجز الطرف الوطني على تنفيذ الحكم الصـادر عـن المحكمـة المحلية، سواء لأن الشركة الأجنبية ليس لها أملاك في الجزائر من الممكن حجزها أو أن الأملاك حتى وإن وجدت، فهي لا تفي بالغرض نظرا لكون المبالغ المحكوم بهـا لفائـدة الطرف الوطني تتجاوز بكثير قيمة الأملاك المطلوب حجزها.

وفي صورة أخرى، يمكن أن نلمس نقصا في فعالية مبدأ إقليمية النزاع وبالتـالي تعذر التلويح بإختصاص المحاكم الوطنية، عندما تقرر مثلا شركة وطنية رفـع دعـوى قضائية أمام المحاكم المحلية ضد شركة أجنبية، في حين أن هذه الأخيرة تكون قد غادرت التراب الوطني تاركة ورائها الأشغال بدون إنجاز أو أن تكون في وضعية إفـلاس. فـي مثل هذه الحالات، يكون قد صدر حكم غيابي ضدها. ويصبح هذا الحكم لـيس ذا قيمـة تذكر بما أنه لم يعد ثمة بعد صدوره ما يمكن أن يحجز من أملاك حتى يغطـي الضـرر الذي لحق بالشركة الوطنية.

يكفي التذكير هنا، ببعض الحالات مثل، قضية الشركة التي تحمل الجنسية الكنديـة التي كانت قد أبرمت عقدا للتكوين المهني لمدة ثلاث سنوات. ونظرا لعدم كفائتها غادرت

الجزائر بدون سابق إعلام في مدة لا تتجاوز بضعة أشهر من الشروع في تنفيـذ العقـد. وبعدما رفعت الشركة الوطنية دعوى ضدها أمام المحكمة المختصة وهي محكمة الجزائر الوسطى فلم تستجب هذه الشركة حتى للإستدعاءات التي وجهتها لها المحكمة للحضـور، فلم يكن بدا من القاضي الوطني إلا أن أصدر حكما غيابيا ضدها (662). ثم إلى جانب هذه الحالة، توجد أيضا المشاكل الأخرى المتعلقة بمقر الشركة الأجنبيـة الموجـود خـارج الجزائر وباللغة المستعملة في تبادل الوثائق والمذكرات وما لهذه المشاكل من إنعكاسـات سلبية على إجراءات التقاضي ونخص بالذكر منها على وجه التحديد إستدعاءات الشركات الأجنبية للحضور. فمثلا إرسال تكليف بالحضور عن طريق النيابة للسلطات الدبلوماسـية وتسليمه بواسطة كاتب الضبط الأجنبي إلى الممثلين الشرعيين للشركة الأجنبية ثم إعـادة إرسال وصل إستلام التكليف بالحضور إلى المحكمة التي وقع إلتماسها ثقيلة وثقيلة جـدا مما يستدعي معها غالبا التمديد في الدعوى التي من المفترض أن تنتهي بإصدار حكم في آجال معقولة.

ولكن والظروف تلك، حتى وإن وقع تكليف الشركة الأجنبية بالحضور في الآجال وبصورة صحيحة، فإن هذه الأخيرة غالبا ما ترفض المثول أمام المحاكم الوطنيـة وفـي هذه الحالة، فإن المحكمة تصبح مضطرة لإصدار حكم غيابي الـذي لا يمكـن إضـفاء الصبغة التنفيذية عليه exequatur من طرف قاضي بلد التنفيذ أي من طرف قاضي البلـد الذي توجد به الشركة الأجنبية الرافضة الإنصياع للحكم، بحجة عدم إحترام حقوق الدفاع أو لأي سبب آخر يتعلق بالشكل أو بالموضوع حتى وإن جاز معه ضرب عرض الحائط إتفاقية دولية بإسم النظام العام.

(662) محكمة الجزائر، الفرع التجاري، 15 جويلية 1976 عدد 119 من القيد العام، مذكورة من طرف إسعاد، المرجع السابق، ص. 196

ومن أجل تجاوز كل هذه المشاكل أصبحت الشركات الوطنيـة اليـوم وخاصـة سوناطراك تطلب من الشركات العاملة في الجزائر أن تقيم مكاتـب إتصـال أو مكاتـب مشاريع لها حتى يمكن إستدعاؤها في مكاتبها هذه (663).

خاتمـة الجـزء الأول

******
****

ما يمكن أن تخلص إليه في خصوص عقود الإستثمار التي تربط الدولة بالمستثمر الأجنبي هو أن الطرفين هما أحرار في أن يختارا التحكيم التجاري الدولي من أجل تسوية نزاعهما المتعلق بالإستثمار أو اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة مثل الجزائر. وربما كان الإختيار الأول هو الأوفر حظا والأرجح، خاصة بعد أن أصبح مكرسا من قبل المشرع سواء في قانون تطوير الإستثمار أو بإعتباره أحد الخيارات الممنوحة للطـرفين في إطار الإتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار التي تبرمها الحكومة مع حكومات أخرى. إلا ان التحكيم المؤسساتي التابع لغرفة التجارة الدولية كـان ولا يـزال يحتل الصدارة والنصيب الأوفر بالنظر إلى التحكيم الحر الأقل إستعمالا من قبل الشركات الوطنية نظرا لما تتمتع به هيئات التحكيم التابعة للغرفة من خبرة وسمعة قد لا تتـوفران عليهما أي هيئة تحكيمية أخرى مماثلة.

ولكن إختيار الدولة والمستثمر الأجنبي معا للتحكيم كطريقة للتسوية سواء أكان هذا التحكيم مؤسساتيا أم حرا، لم يمنع الدولة من أن تفرض على المستثمر الأجنبي الإحتكـام إلى المحاكم الداخلية، خاصة إذا كانت هذه النزاعات - كما رأينا - تدخل ضمن المجـال أين الدولة تتصرف فيه ليس كتاجرة وإنما بإعتبارها سلطة عمومية تتمتع بسلطات فائقة

---

(663) للإشارة وعلى سبيل المثال فقد تم مؤخرا إنشاء مكتب تنسيق سمي مكتب تنسيق للعلاقات الإقتصادية الجزائريـة الألمانية وكان ذلك بتاريخ 13 ديسمبر 2004. يعني هذا المكتب بترقية وتطوير الشراكة الصـناعية بـين الشـركات الوطنية الصناعية والشركات الخاصة الألمانية. ومن غير المستبعد أن يشكل هذا المكتب محل مخابرة يمكـن للطـرف الوطني إستدعاء الشركات الألمانية فيه. راجع جريدة **La liberté** بتاريخ 14 ديسمبر 2004، الصفحة الإقتصادية.

– مثلما شاهدنا ذلك – مع الوكالة وفي خصوص المسائل المتعلقة بالضريبة. فكان القضاء الإداري هو الوحيد المختص. أو عندما يكون النزاع من نزاعات القانون العـام de droit commun سواء في إطار الإستثمار عن طريق الشراكة أو في إطار الإستثمار المباشـر. وهي نزاعات غالبا ما تنشأ على تراب الدولة المضيفة للإستثمار مثل الدولة الجزائريـة. إلا أنه في جميع الحالات، فليس من السـهل علـى المسـتثمر الأجنبـي القبـول بهـذا الإختصاص الحصري للمحاكم الوطنية. ولهذا الغرض، مثلما لاحظناه في معرض حديثنا عن النزاع في إطار الإستثمار المباشر، فغالبا ما يسبق اللجوء إلـى المحـاكم الوطنيـة محاولة الطرفين اللجوء إلى التوفيق كمرحلة مسبقة وإختياريـة لتفـادي قـدر الإمكـان إستعمال المحاكم الوطنية. وإن كان العديد من العناصر هي تصب في إتجاه إختصـاص هذه الأخيرة مثل مكان إنعقاد العقد ومكان تنفيذه ومكان وجود العقار على إقلـيم الدولـة المستقبلة للإستثمار. وبالرغم من كل هذه العناصر، فإن مبدأ اللجـوء إلـى إختصـاص المحاكم الوطنية يبقى – مثلما رأينا – بدون جدوى إذا كان الطرف الوطني يعجـز علـى تنفيذ الحكم الذي يكون قد صدر لفائدته.

إلا أنه إلى حد الآن، إذا كان الإطار الذي تخضع إليه التسوية بين الدولة والمستثمر الأجنبي هو الإتفاقيات الثنائية التي تكون قد أبرمتها الدولة الجزائرية مع حكومـات دول أخرى والتي تأتي العقود الإستثمارية لتجسد عمليا هذه الإتفاقيات، فـإن النزاعـات بـين الدولة والمستثمر الأجنبي بصفته رعية تابعة لدولة أخرى، يمكن أن تجد حلولا لهـا فـي إطار آخر خارج الإتفاقيات الثنائية ألا وهو إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف مثلما نصت عليه المدة 17 من قانون الإستثمار.

الجـــــــزء الثـــــانـــــي

طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية في الإتفاقات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر

هنالك من الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي لا تضع وجها لوجه الدولة المضـيفة للإستثمار مثل الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، وإنما المؤسسة المؤمنة بصفتها خلفا للمستثمر والدولة المضيفة بصفتها عضوا من الأعضاء الذين صادقوا على هذه الإتفاقية. وهذه الإتفاقيات، قد تكون دولية مثل الإتفاقية الدولية المنشأة للوكالـة الدوليـة لضـمان الإستثمار (664) أو إقليمية، مثل الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار (665) أو شبه إقليمية مثل الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار (666).

ثم إلى جانب هذه الإتفاقيات، هنالك إتفاقيات أخرى متعددة الأطـراف ذات طـابع دولي وإقليمي أو شبه إقليمي. ولكن على النقيض من الإتفاقيات السابقة، فهي تضع الدولة والمستثمر الأجنبي وجها لوجه من أجل نزاع يتعلق مباشرة بالإستثمار (667). والميزة التي تتميز بها هذه الإتفاقيات هي أنها كلها تنص على تسوية النزاع بالطرق الودية قبل اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء الرسمي للدولة.

وقد تختلف هنا الوسيلة الودية من إتفاقية إلى أخرى. فمنها ما هي تجمع بين المفاوضـات والتوفيق ومنها ما تأخذ بالتوفيق فقط.

أما عن الوسيلة القضائية، فهي تأخذ بالوسيلتين، التحكيم والقضاء الرسمي للدولة. وإن كنا نعتبر أنه لا أحد ينكر اليوم، مع توسيع العلاقات الإقتصادية والمعاملات التجارية، إنتشار التحكيم التجاري الدولي كطريقة لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار.

---

(664) راجع مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 المتضمن المصادقة على الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار وعلى ملحقيها والمحررة بسيول في 11 أكتوبر سـنة 1985، ج ر، عـدد 66، سـنة 1995، ص. من 03 إلى 24.

(665) أمر رقم 72-16 مؤرخ في 07 يونيو سنة 1972 المتضمن المصادقة على الإتفاقية المتعلقـة بانشـاء الوكالـة العربية لضمان الإستثمار ج ر، عدد 53، سنة 1972، ص. 812.

(666) أنظر مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990 المتضـمن المصـادقة علـى الإتفاقيـة المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمارين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو سـنة 1990. ج. ر، عدد 06، سنة 1991، ص. 203-207.

(667) راجع على سبيل المثال مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 المتضـمن المصـادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة بواشنطن في 18 مارس سنة 1965 ج.ر عدد 66 سنة 1995، ص. 24-36.

وهذا الإهتمام المتزايد به أدى كما نعلم إلى إنشـاء العديـد مـن الهيئـات والمراكـز المتخصصة بالتحكيم. ثم أن المجتمع الدولي وجد أن الحاجة تستدعي إعداد إتفاقيـات متعـددة الأطراف. كما أن العديد من التجمعات الجهوية حرصت هي أيضا بفعل الحاجـة الإقتصـادية الملحة إلى وضع إتفاقيات متعددة الأطراف ذات طابع إقليمـي. وإذا نظرنـا إلـى كـل هـذه الإتفاقيات، فإننا نلاحظ، منها ما هي تعالج القواعد الخاصة بالتحكيم (العنوان الأول) ومنها، مـا تعالج كيفية الإعتراف بأحكام التحكيم التي تصدر في دولة ما ويراد تنفيذها في دولـة أخـرى (العنوان الثاني).

وسنتناول بالبحث تباعا أهم الإتفاقيات الدولية الإقليمية وشبه الإقليمية في هذا المجـال. وهكذا، فعلى المستوى الدولي، فإننا سنتعرف إلى إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار وسنرمز إليها بكلمة " سيردي" (CIRDI) وإلى إتفاقية سـيول التي أنشأت الوكالة الدولية لضمان الإستثمار " أم جي" (A.M.G.I.)، إلى جانب إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية. أما على المسـتويين الإقليمـي وشـبه الإقليمي، فسوف يقتصر بحثنا على الإتفاقيات العربية والمغاربية. فمثلا، فـي نطـاق الـوطن العربي، فسنركز على الإتفاقيات التي عقدت بين الدول العربية والتي تنص على التحكـيم فـي مجال منازعات الإستثمار بين هذه الدول ورعايا الدول العربية الأخرى. ومنهـا علـى وجـه التحديد، الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الـدول العربيـة لعـام 1980 والإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار لسنة 1971 وإتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983. أما على المستوى المغاربي، فسوف ينصب بحثنا علـى دراسـة الإتفاقية المغاربية لتشجيع الإستثمار وضمانه لسنة 1990 وإتفاقية التعاون القانوني والقضـائي بين دول إتحاد المغرب العربي لسنة 1991 **(668)**.

وكما لا يخفى على أحد فإن هذه الإتفاقيات كان لها إنعكاس بطريقة أو بـأخرى على قانون التحكيم الدولي بالجزائر. سنحاول ونحن نحلل الإتفاقيات السالفة الذكر، أن نرصـد هذه التأثيرات على مستوى جميع مراحل التحكيم.

---

(668) في خصوص الإتفاقية الأخيرة، راجع المرسوم الرئاسي رقم 181-94 لـ 27 جـوان سـنة 1994 المتضـمن المصادقة على إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي والموقعة في رأس لعنـوف (ليبيـا)، ج.ر، عدد 3، 4 والمؤرخة في 3 جويلية سنة 1994، ص. 05.

العنـوان الأول
الإتفاقيات المتعلقة بتنظيم التحكيم وسيره

لم تتعرض الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائـر فقـط إلـى التحكيم، في إطار النزاعات التي يمكن أن تنشب بين دولة مضيفة للإسـتثمار ومسـتثمر تابع لدولة أخرى، بل وأيضا إلى الحلول الودية، لأن التحكيم في حـد ذاتـه حتـى وإن إعتبرناه وسيلة مرنة مقارنة بالقضاء الرسمي للدولة المضيفة، أو بأي قضاء رسمي آخر، فيمكن أن ينظر إليه في نهاية الأمر كبداية لقطيعة، إن لم نقل القطيعة بين طرفين تـربط بينهما عقود طويلة الأجل. لذا، فقد توخى محرروا هذه الإتفاقيات أن يحموا هذه العلاقـة بأن نصوا إلى جانب التحكيم، على مرحلة قبلية تعرف بالمرحلة الودية، أين يلتقي فيهـا الطرفان سواء مباشرة أو عن طريق طرف ثالث لإيجاد حل لخلافهما، (الباب الأول) أما إذا لم يصل الطرفان إلى حل باستعمالهما هذه الطريقة. ففي هذه الحالة، لن يكون أمامهما إلا اللجوء إلى الوسيلة القضائية (الباب الثاني).

الباب الأول : التسويـــة الوديـة.

تنص الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي أطلعنا عليها على طريقتين مـن الطـرق الودية، لتسوية النزاعات بين الدولة والمستثمر الأجنبـي. وتتعلـق الطريقـة الأولـى، بالمفاوضات (الفصل الأول). أما الطريقة الثانية، فتتعلق بالتوفيق (الفصل الثاني).

الفصل الأول: المفاوضات.

تعد المفاوضات من بين الوسائل الودية التي يسعى الطرفان، الدولـة مـن جهـة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، من خلالها إلى تسوية نزاعهما، بعيدا عن أي تـدخل للهيئات القضائية، سواء أكانت تحكيمية أو قضاء رسميا. وهذا المسعى يأتي ليعزز الثقـة والتعاون بين الطرفين، لأن تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار كانت ولا تزال " مرتبطة أشد الإرتباط بتطهير مناخ الإستثمار وبتنمية روح التعاون بين الأطراف" (669).

(669) V. Horchani. F : L’investissement inter-arabe, recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d’un droit régional des investissements, C.E.R.P. Tunis, 1992, p. 361.

ولكن المفاوضات التي يجريها الطرفان المتنازعان لا تغطي كل النزاعـات، بـل نزاعات محددة. لذلك، كان لزاما علينـا أن نلقـي الضـوء علـى نطـاق المفاوضـات (المبحث الأول)، قبل أن نتعرض بالتفصيل إلى كيفية إجراء المفاوضات كإحدى التقنيات الودية للوصول إلى حل يرضى طرفي النزاع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نطاق المفاوضات.

يجري عادة تعريف المفاوضات على أنها تبادل للرأي بين طـرفين متنـازعين أو أكثر بقصد الوصول إلى تسوية للنزاع القائم بينهما. كما أنها تعرف على أنها عملية حوار ونقاش هدفها توزيع المكاسب والمخاطر بشكل مقبول على أطراف النزاع (670).

من جهة أخرى، تعرف المفاوضات على أنها وسيلة يقـوم بواسـطتها الأطـراف بالفصل في نزاع ما دون إعمال للقانون. وتتميز هذه المفاوضات عن غيرها من الوسائل الأخرى للتسوية مثل التحكيم، على أنها لا تفرض حلا على أطراف النزاع بقدر ما تهدف إلى عرض حل عليهم هم ليسوا مجبرين على الأخذ به.

ولكن البحث في نطاق المفاوضات يقودنا بالضرورة إلى التعرض إلى من يلتـزم بالتفاوض وإلى الإلتزام بالتفاوض في حد ذاته. وبعبارة أخرى، هل أن المفـاوض هـو ملتزم ببذل عناية أم بتحقيق غاية في ضوء الإتفاقيات التـي سـوف نتعـرض إليهـا؟ (مطلب أول). ولكن الخوض في مجال المفاوضات يدفعنا أيضا وبالضرورة إلى معالجـة النزاعات التي تغطيها هذه المفاوضات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإلتزام بالتفاو f .

كما سبق وإن أشرنا، فإن بعضا فقط من الإتفاقيات المتعددة الأطراف هـي التـي تجمع بين المفاوضات والتوفيق معا، كوسيلتين لحل النزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي بطريقة ودية. ومن بين هذه الإتفاقيات، نجد الإتفاقيات المتعلقة بضمان الإستثمارات دون سواها، سواء أكانت هذه الإتفاقيات ذات طابع دولي، مثل الإتفاقية المنشأة للوكالة الدوليـة لضمان الإستثمار " أم جي" أو ذات طابع إقليمي أو شبه إقليمي، مثل الإتفاقيـة العربيـة المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار أو الإتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع وضمان

(670) Plantey. A : La négociation internationale, principes et méthodes, éd C.N.R.S, Paris, 1980, p. 12.

الإستثمار على مستوى البلدان المغاربية، وإن كانت هذه الأخيرة، تشير إلى المفاوضـات بصفة غير مباشرة عبر إحالتها إلى الإتفاقيات الدولية المتخصصة.

ومهما يكن من أمر، فبادئ ذي بدأ، تجدر الإشارة إلى أنه دوليا، وطبقا للإتفاقيـة المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار، يسعى الطرفان وهما الوكالة من جهة بصـفتها خلفا للمستثمر (671) والدولة المضيفة للإستثمار، إلى تسوية النزاعات الناشئة عن الضمان طبقا للإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق بالإتفاقية (672) إذ ينص هذا الأخير على حل هذه النزاعات عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلـى إجـراءات التوفيـق أو التحكيم. وهو الأسلوب الذي يجري به العمل عادة من قبل المؤسسات المالية العالمية (673) من جهة أخرى، يجب أن نذكر أن التسوية الودية طبقا لأحكام الملحق المشار إليه آنفـا، يمكن أن تأخذ شكل إتفاق يتم إبرامه بين الوكالة والدولة بشأن إجراءات بديلة (674). في هذه الحالة، يشترط موافقة مجلس إدارة الوكالة بالأغلبية الخاصة على هذا الإتفـاق قبـل قيامها بأي عملية في إقليم العضو في الإتفاقية.

كما أنه يتعين على الطرفين خلال التفاوض أن يتخذا الملحق كأساس للإتفـاق (675) أي أن تتم التسوية في إطاره قبل اللجوء إلى أية طريقة أخرى للتسـوية سـواء أكانـت التوفيق أو التحكيم.

ولكن الملاحظ، هو سكوت الإتفاقية عن آليات التفاوض. إلا أنه فيما يتعلـق بمـن يتولى القيام بالتفاوض، فطبقا للمادة 2 من الملحق الثاني من الإتفاقيـة المنشـأة للوكالـة الدولية لضمان الإستثمار، فإنه يسعى الطرفان، الدولة من جهة، والوكالة باعتبارها خلفا للمستثمر إلى تسوية أي نزاع يتعلق بمطالبات الوكالة عن طريق المفاوضات (676) بمعنى آخر، أن الدخول في المفاوضات يعود إلى الطرفين فقط. فالمفاوضات هي قبل كل شيء،

---

(671) ذلك أن الوكالة يمكن لها أن تحل محل المستثمر المستفيد من الضمان الذي تعوضه أو توافق على التعويض لـه فيما له من حقوق أو مطالبات تتعلق بالإستثمار المشمول بالضمان في مواجهة الدولة المضيفة.

(672) راجع المادة 18-أ من الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار، المرجع السابق، ص. 8.

(673) Shihata. Ib : « L'Agence multilatérale de garantie des investissements », in A.F.D.I, 1987, pp. 601-613.

(674) راجع المادة 57 (ب) من الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار المرجع السابق.

(675) أنظر، د علي صادق أبوهيف: القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الحادية عشـرة، سـنة 1975، ص. 730-731.

(676) راجع المادة 2 من الملحق (II) من الإتفاقية المنشأة للوكالة.

نقاش وحوار مباشر بين متخاصمين أو أكثر من أجل إيجاد حل مقبول (677) بالنسبة للدولة والمستثمر الأجنبي، فهي بالأساس، صيغة لتسوية ودية، تخضع بالدرجـة الأولـى إلـى رضاء الطرفين. فلا يمكن البتة أن تفرض عليهما. لأنه في التفاوض يوجد معنى التعاون والانضمام طوعا إلى فكرة التفاوض، إن لم نقل أن هذين العنصرين يشكلان تعريفا بدون منازع للتفاوض والدليل على ذلك، أن الإتفاقية العربية لضمان الإستثمار قد وضعت مـن جانبها على عاتق الطرفين المعنيين فقط دون غيرهما " محاولة الإتفـاق علـى تسـوية الخلاف عن طريق المفاوضات". ولكن خلافا للإتفاقيتين السالفتين، الدولية والعربية، فـإن الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار وهي تستعمل كلمة " تسوية" وليس التفاوض تحديدا، فقد فصلت في مسألة من يتولى مباشرة المفاوضات بإحالة الطرفين في النزاع إلى هيئات واتفاقيات متخصصة (678)، أي بطريقة غير مباشرة إلى إتفاقية سيول وواشـنطن الدوليتين أو إلى هيئات متخصصة أخرى جهوية كالمحكمة العربية للإسـتثمار أو الهيئـة القضائية التابعة لإتحاد المغرب العربي.

إلا أن الإتفاقيات المنظمة لهذه الهيئات لا تشير فقط إلـى المفاوضـات كطريقـة لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، وإنما إلى التسوية القضائية عن طريق قضاء من نوع خاص إلا وهو القاضي الجهوي الذي سنتعرض إليه بالتحليل لاحقا.

ولكن، هل أن الطرف في النزاع، عند مباشرته للتفاوض، هو ملتزم بالوصول إلى حل، وبالتالي، فهو يقع عليه إلتزام بتحقيق غاية أم أنه فقط، يجب عليه أن يبذل قصـارى جهده للوصول إلى هذا الحل؟ لدى قرائتنا للإتفاقيات المتعددة الأطراف، على المستويين، الدولي أو الإقليمي العربي، أمكن أن نلمس الطبيعة القانونية للإلتزام بالتفاوض من خلال الكلمات المستعملة في الإتفاقيات المتعلقة بضمان الإستثمار. فمثلا، تسـتعمل كـل مـن الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار وكذلك الإتفاقية المنشأة للوكالة العربيـة لضمان الإستثمار أفعال، مثل " يسعى" و " يحاول". وهذان الفعلان يفيدان أن الطرفين هما

---

(677) Bhouri. H : « La négociation », in Règlement pacifique des différends internationaux, C.P.U. Tunis , Bruylant. Bruxelles. 2002, pp. 81-101, p. 82.

(678) راجع المادة 19 من الإتفاقية المغاربية لتشجيع ضمان الإستثمار، المرجع السابق.

غير ملتزمان بتحقيق نتيجة من خلال تفاوضهما، وإنما هما ملتزمـان فقـط ببـذل كـل جهودهما من أجل الوصول إلى الحل.

بقي أن نذكر فقط، أن موضوع الإلتزام بالتفاوض في حد ذاته، كان في بادئ الأمر محل نقاش على مستوى العلاقات بين الدول في إطار ما يسمى بالوسائل الغير تحاكميـة من أجل تسوية النزاعات السياسية فيما بينها. ذلك، أن عددا كبيرا من الفقهاء من يعتقدون أن اللجوء إلى المفاوضات تعد قاعدة عرفية للقانون الدولي ومبدأ عاما للقانون (679). أمـا عن كون المفاوضات تشكل فقط إلتزاما ببذل عناية وليس إلتزاما بتحقيق غاية، فقد أشارت المحكمة الدائمة للعدل الدولية إلى هذا المدلول في رأيها الإستشاري المتعلق بالنزاع الذي قام بين أثينا وبولندا بقولها: " .. إن الإلتزام بالتفاوض لا يعني الإلتـزام بالتوصـل إلـى إتفاق" (680). وخلاصة القول، أن الشيء المؤكد والذي يتفق حوله كل من الفقه والإجتهـاد القضائي الدولي اليوم، وهو أن الإلتزام بالتفاوض هو إلتزام ببذل عناية ولـيس بتحقيـق غاية (681).

إلا أنه، ومهما يكن تكييف هذا الإلتزام على أنه إلتزام ببذل عناية أو بتحقيق غاية، فلا أحد ينكر، أن المفاوضات إحتلت ولا تزال، الصدارة من بين الوسائل الغير قضـائية من أجل فض النزاعات المتعلقة بالإستثمار. لأنه من الحقائق المعترف بها دوليا، هو أنـه إذا إبتعدت الأطراف المتنازعة عن إستخدام الوسائل القضائية لتسوية نزاعاتها، فلأن هذه الوسائل بقدر ما هي مكلفة، فهي مضرة بمستقبل العلاقات الإستثمارية فيما بينهـا علـى الأمد البعيد (682). إلا أن المفاوضات كوسيلة ودية لا تنتهي عند الإلتزام بالتفاوض بقدر ما تغطي من حيث نطاقها نزاعات معينة.

(679) V. M.M : Les négociations diplomatiques préalables à la soumission d'un différend à une instance internationale, Genève, Coopérative d'imprimerie, 1957, pp. 31-32.
(680) CPJIm Série A/B 42, p. 116.
(681) Bhouri. H : op cit, p. 93
(682) Terki. N : « L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie », Rev. arb, 1990, p. 597 .

المطلب الثاني: النزاعات المغطاة من طرف المفاوضات.

تشمل التسوية طبقا للمادة 57 من الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار كل نزاع يجمع الوكالة بصفتها خلفا للمستثمر الأجنبي بالدولة المضيفة للإستثمار بصفتها الدولة العضو أو بمؤسسة تابعة لها.

ويقصد بالمؤسسة التابعة للدولة، المرافق العمومية التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية. وتدخل ضمن هذه المرافق أيضا الهيئات الأخرى التي بالرغم من تمتعها بالشخصية المعنوية، فهي تعد تابعة كلية للدولة. ويتفق الفقهاء على أن عبارة " كل نزاع"، يجب أخذها في معناها الواسع (683). إلا أن الإتفاقية تقصي من مجال تطبيق المادة 57 المسائل المتعلقة بتفسير أو تطبيق الإتفاقية المنصوص عليها في المادة 56. ما عدا هذه الأخيرة، فالمقصود بالنزاعات، هي كل النزاعات التي تثور بين الوكالة كخلف للمستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار. وحسب المعلقين على هذه الإتفاقية، فإن " كل النزاعات هي قابلة للتسوية عن طريق التفاوض" وبمفهوم المخالفة، فإن أي نزاع آخر بين الوكالة ودولة عضو ولكن لم تتصرف فيه الوكالة على أنها خلفا للمستثمر لا يمكن أن يسوى إلا عن طريق التحكيم الدولي.

ومقارنة بالإتفاقية الدولية السالفة الذكر، تخضع الإتفاقية العربية لضمان الإستثمار المفاوضات إلى نزاعات محددة. وهكذا، فالمفاوضات لا تعد إلزامية Obligatoire إلا في حالات معينة، عندما تتعلق المنازعة بتفسير أو تطبيق الإتفاقية تكون قد نشبت بين الوكالة والدولة التي فقدت صفتها كعضو، أو عندما يتعلق الأمر بمنازعات تتعلق باستثمارات مؤمنة من طرف الوكالة. ثم، ما عدا هذين النوعين من النزاعات، هناك نزاعات أخرى قد تنشأ عن عقد للتأمين مبرم بين الوكالة المؤمنة للإستثمار والمستفيد من هذا التأمين إلا وهو المستثمر الأجنبي، وهي النزاعات التي يتم تسويتها طبقا لبنود العقد (984).

---

(683) Touscoz. J : « Le règlement des différends dans la convention instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements (A.M.G.I) : un développement de l'arbitrage international et de droit des investissements internationaux », Rev. arb, 1988, p. 632.

(684) راجع المادة 36 من الإتفاقية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار، المرجع السابق.

للإشارة، في السابق، كانت تنص عقود التأمين على المفاوضات والتوفيق والتحكيم كوسائل لتسوية النزاعات. وهي الوسائل التي كانت مكرسة في المواد 2 و3 و4 من ملحق الإتفاقية. أما العقود الحالية، فهي تنص فقط على التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناتجة عن ضمان الإستثمارات وبالتالي، فهي تقصي التوفيق والمفاوضات. ولكن عدم إدراج هاتين الوسيلتين لا يعني البتة أنه لا يمكن أن يلجأ إليها الطرفان في النزاع قصد تسوية خلافهما، بل ربما من بين المزايا اللصيقة بالتحكيم هو دفع الأطراف بوجه عام إلى تسوية نزاعاتهم بالطرق الودية. وليس مستبعدا أن يحتكم الخصمان الدولة والمستثمر الأجنبي إلى هذه الطريقة السلسلة والسريعة، ونعني بها المفاوضات حتى بعد لجوئهما إلى الوسيلة القضائية (685).

أما الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار، فهي تميـز بـين نـوعين مـن النزاعات، نزاعات بين الدول المغاربية وهي نزاعات كلاسيكية تتعلق أصلا بتفسـير أو تطبيق الإتفاقية. وأخرى، تتعلق بالدول المغاربية في علاقاتها مع المسـتثمرين المغاربـة باعتبارهم رعايا الدول المغاربية الأخرى. وهي نزاعات يجب أن تكون قانونية (686) ولا يمكن أن تحل إلا في إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف سواء أكانت ذات طـابع دولـي، مثل المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار أو إقليمي أو شبه إقليمي، مثل الإتفاقية العربية لسنة 1980 المنشأة للمحكمة العربية للإستثمار أو أمام الهيئة القضـائية المغاربية المؤسسة تطبيقا لمعاهدة إتحاد دول المغرب العربي (687).

إلا أن النزاعات التي تخضع إلى المفاوضات كوسيلة ودية لا بد وأن تنصب على إستثمارات تكون مشمولة بضمان الوكالات المعنية، سواء أكانت هـذه الوكـالات، هـي وكالات دولية أو إقليمية. ولكن لدى تعريفها للإستثمار، فإن الإتفاقيـات المنشـأة لهـذه الوكالات، لا تتفق عند تعريف واحد. فمثلا، طبقا للمادة 12 من إتفاقية سيول الدولية،

---

(685) Broches. A : « L'évolution du C.I.R.D.I », Rev. arb, 1979, p. 14.

(686) راجع المادة 19 السابق ذكرها. المرجع السابق.

(687) حول الهيئة القضائية المغاربية، أنظر، حسن الوزاني الشاهدي: " بعض التصـورات حـول الهيئـة القضـائية المغاربية"، المجلة المغاربية للقانون، عدد خاص رقم 01، مركز الدراسات والبحوث والمنشورات، تونس جوان 1990.

حتى يكون الإستثمار صالحا للضمان من جانب الوكالة، يجب أن يكون إستثمارا جديدا وأن يكون ذا أجل متوسط أو طويل وأن يكون في نظر الوكالة إستثمارا سليما يسهم في تنمية الدولة المضيفة (688).

بينما تركز الوكالة في بداية عملها على المساهمات في رؤوس أموال المشروعات إلى جانب الصور الأخرى للإستثمار المباشر أين يكون للمستثمر الأجنبي فيه دور في السيطرة على المشروع، فهي الآن، تتوسع تدريجيا بحيث تغطى " أي أنواع أخرى من الإستثمارات المتوسطة أو الطويلة الأجل" بما في ذلك أشكال التعاون الصناعي المختلفة كعقود الإدارة والمقاولات ونقل التكنولوجيا التي يشترك المستثمر بموجبها في تشغيل المشروع أو يشارك في تحمل مخاطره. مما يسمح للوكالة بتغطية أنواع جديدة من الإستثمارات. كما يجوز للوكالة أن تغطي في هذا التوسع القروض الإنمائية والتجارية التي ترتبط بإستثمارات محددة تغطيها الوكالة والتي يمكن أن تكون محل نزاع بين الوكالة كخاف للمستثمر والدولة المضيفة للإستثمار.

أما المستثمرون كأطراف مستخلفة في النزاع القائم بين الوكالة والدولة المضيفة للإستثمار، فحتى يجوز لهم التمتع بضمان الوكالة، ينبغي إن كانوا أشخاصا معنوية أن يتم تسجيل الشخص المعنوي في دولة عضو ويكون نشاطه الرئيسي أيضا في دولة عضو أو أن يكون رأسماله مملوكا لمواطن أو مواطني دولة عضو (689).

وتسليما من الإتفاقية بسيادة الدولة المضيفة على قبول ومعاملة الإستثمارات الأجنبية في إقليمها بكل حرية، فإن المادة 15 تشترط الموافقة المسبقة لهذه الدولة على تغطية الإستثمار بضمان الوكالة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها. ولا يكفي هنا مجرد موافقة الدولة على الإستثمار أو حتى على ضمانه من حيث المبدأ، بل يجب أن تغطي هذه الموافقة صراحة حتى نطاق الضمان أي المخاطر المحددة التي تغطيها الوكالة بضمانها. وبعبارة أخرى، فإن نشاط الوكالة مثلما هو الشأن بالنسبة لنشاط المركز الدولي لتسوية

(688) راجع المادة 12 (ج) من إتفاقية " أم جي".
(689) راجع المادة 13 (أ) من الإتفاقية نفس المرجع.

منازعات الإستثمار فهو يتأسس أيضا على مبدأ الإرادة. لأن الوكالة تلتزم عـادة وقبـل ضمان الإستثمار من التأكد إذا كان الإستثمار محل الضـمان هـو سـليم مـن الناحيـة الإقتصادية وأنه يسهم حقا في تنمية الدولة المضيفة ويتفق مع قوانين هذه الدولـة ومـع أهدافها المعلنة، لأن أغلب النزاعات قد تنشأ من هذه الحالات.

لذلك، فإن الوكالة تسعى إلى إبرام إتفاقيات مع الدول الأعضـاء بشـأن معاملـة الإستثمارات. كما أن إشتراط موافقة الدولة المضيفة علـى ضـمان الإسـتثمار وعلـى المخاطر التي يمكن للوكالة تغطيتها (690)، سيساعد على تفادي الخلاف بعد ذلـك بـين الوكالة والدولة المضيفة. أما على مستوى العالم العربي، فالنزاعات التي من الممكـن أن تكون محلا للمفاوضات، فهي تلك التي تنصب على إستثمارات تكون قابلة للضمان مـن طرف الوكالة العربية لضمان الإستثمار. وقد تأخذ هذه الإستثمارات، شـكل إسـتثمارات مباشرة أو مساهمات في رؤوس أموال عن طريق شـراء أسـهم او إسـتثمارات غيـر مباشرة.

كما يمكن أن تأخذ شكل قروض والتي يتجاوز أجلها ثلاث سـنوات أو القـروض ذات الأجل القصير التي يكون قد قرر (مجلس المؤسسة) على سبيل الإستثناء صـلاحيتها للتأمين. ولكن، سواء أكان الإستثمار الصالح للضمان قرضا أو لم يكن، يجب أن يكـون إستثمار " إنمائيا" أو "يسهم في التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة" (691) وهذا ما أقرت بـه الإتفاقية الدولية " أم جي" أيضا. إلا أن الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربيـة لضـمان الإستثمار، لم تشترط في الإستثمار الصالح للضمان أن يكون إنمائيا بالضرورة، ولكنهـا طلبت من الوكالة لدى تقديرها لمدى قابلية الإستثمار للضمان مراعاة أولويات معينة فـي الإستثمارات التي تضمنها وهي تلك التي " ثبت للوكالة فاعليتها في بناء الطاقات الإنتاجية لإقتصاد الدولة المضيفة" بل أن الإتفاقية العربية ذهبت إلى أبعد من ذلك، عندما أعطـت الأولوية إلى" الإستثمارات الكفيلة بزيادة التعاون الإقتصادي بين الأقطار المتعاقدة وخاصة

---

(690) راجع المادة 15 من إتفاقية " أم جي" الدولية. المرجع السابق.

(691) راجع المادة 15 فقرة 1 من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار، المرجع السابق.

المشروعات العربية المشتركة والمشروعات المحققة للتكامل الإقتصادي العربي". وهي محاولة ترمي من ورائها الإتفاقية إلى إستخدام الضمان كوسيلة لدفع حركة التكامل الإقتصادي بين الدول العربية.

كما أن الضمان الذي تمنحه الوكالة العربية قد يمتد إلى " الإستثمارات الخاصة وغيرها من الإستثمارات المختلطة والعامة التي تعمل على أسس تجارية" (692). وقد ثارت في خصوص هذه المادة في صيغتها الأولى مسألة تتعلق بما إذا كانت المشروعات العامة أهلا لأن يشملها الضمان. فكان الرد، أنه ليس دائما صحيحا أن الإستثمارات العامة لا تحتاج إلى الحماية التي يوفرها ضمان الوكالة، بل أن هنالك أمثلة أين تعرضت فيها إستثمارات عامة أجنبية لمخاطر سياسية لم تتعرض لها إستثمارات خاصة في الدولة المضيفة لها. بالإضافة إلى أن بعض المخاطر التي يغطيها الضمان كالحرب أو الثورات، يستوي في أثرها أن يكون الإستثمار عاما أو خاصا.

من جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن النزاعات التي تكون موضوعا للمفاوضات يجب أن تنصب أخيرا على إستثمارات جديدة، لأن الأصل أن يقتصر الضمان على الإستثمارات الجديدة، وليس على الإستثمارات القائمة (693). لأن الهدف الرئيسي من هذا النوع من الضمان في نظر الدول العربية المضيفة للإستثمار على الأقل، هو تشجيع وفود رؤوس أموال جديدة إليها. وقد أثار موضوع الإستثمارات الجديدة نقاشا، حول ما إذا كانت التوسعات والتجديدات في إستثمار قائم يمكن إعتبارها من الإستثمارات الجديدة، وكذلك حول ما إذا كان شراء مستمر أجنبي لأسهم أو سندات في مشروع قائم يمثل إستثمارا جديدا، خاصة إذا كان قد إشترى هذه الأوراق المالية من وطنيين في الدولة المضيفة، لأنه خلافا للإتفاقية العربية لضمان الإستثمار، فقد أجازت الإتفاقية الدولية لضمان الإستثمار ضمان مثل هذا الإستثمار في حالة واحدة، وهي شراء صكوك مالية تمثل في الأصل إستثمارا قامت به هيئة عامة للتمويل الإنمائي، سواء أكانت وطنية أو دولية (694).

(692) راجع المادة 15 فقرة 5 من الإتفاقية العربية، المرجع السابق.

(693) راجع المادة 15 فقرة 4، نفس المرجع.

(694) راجع المادة 12 (ج) من إتفاقية " أم جي" الدولية، المرجع السابق.

أما عن البحث في جنسية المستثمر المفاوض والذي يمكنه الإستفادة من الضمان، فهو يثير صعوبات كثيرة خاصة بالنسبة للشركات التي كثيرا ما تختلف معايير منح الجنسية لها باختلاف التشريع في كل دولة (مكان تسجيل الشركة، مركزها الرئيسي، ملكية الأسهم، مكان ممارسة النشاط الرئيسي ..إلخ). وقد حاولت الإتفاقية العربية لضمان الإستثمار تفادي هذه الصعوبات باكتفائها، في حالة الإستثمار الذي يقوم به شخص إعتباري، إشتراط صلة وثيقة بين الإستثمار وأحد أو كل الدول الأطراف دون إشتراط رابطة قانونية معينة بين الإستثمار وعضو بالذات. فهي تشترط أن تكون حصص أو أسهم الشخص الإعتباري، مملوكة بصفة جوهرية لأحد الأقطار المتعاقدة أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار، وسواء بعد ذلك توافرت فيه شروط جنسية أي دولة عضو طبقا لقانونها أو لم تتوافر (695). ولا شك في أن لهذا المعيار المرن فائدته، خاصة في حالة الشركة التي ينشئها مستثمرون تابعون لدول أعضاء مختلفة دون أن تكتسب بالضرورة جنسية واحدة منها (696). إلا أن المسألة تثار بشأن حالة مواطن الدولة المضيفة الذي تكون له أصول في الخارج ويريد أن يعيدها إلى دولته ليستثمرها فيها. فهل يرفض ضمان مثل هذا الإستثمار بحجة أنه مقدم من " مستثمر وطني" أم يقبل الطلب تشجيعا لإعادة رؤوس الأموال التي خرجت من الدول النامية؟ في الحقيقة، لم تشر الإتفاقية العربية إلى مثل هذا الإستثناء. إلا أنه خلافا لهذه الإتفاقية، فإن الإتفاقية الدولية لضمان الإستثمار تتحدث عن ضرورة أن يكون " الإستثمار" وليس " المستثمر" أجنبيا. مما قد يفتح المجال للقول، بأن الوكالة الدولية يمكنها في هذا المشروع ضمان الأصول الواردة للدولة المضيفة من الخارج حتى ولو كان مالكها يتمتع بجنسية الدولة المضيفة.

---

(695) ومع ذلك يجوز بقرار من المجلس (مجلس المؤسسة) أن يقبل الشخص الإعتباري طرفا في عقد التأمين رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد بشرط أن يكون هذا الشخص الإعتباري مملوكا بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الأقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الأشخاص الإعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في المادة 17 من الإتفاقية للقبول كطرف في عقد للتأمين. لمزيد من التفصيل في خصوص شرط الجنسية أنظر، هشام خالد: شرط الجنسية وفقا للنظام العربي لضمان الإستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1988.

(696) عالجت الإتفاقية الدولية لضمان الإستثمار بدورها مسألة تأييد الإستثمار في هذه الحالة فجعلته يصدر من " عضو أو عدد من الأعضاء طبقا للأسس التي تقبلها الوكالة" مادة 3 (ب) من الإتفاقية.

من جهة أخرى، تشترط الإتفاقية العربية حتى يصبح الإستثمار صالحا للضمان من قبل الوكالة، أن توافق الدولة المضيفة على شموله بالضمان وليس فقط على تنفيذه من حيث المبدأ. وقد تشترط أيضا موافقة الدولة الصادرة عنها الإستثمار ولكن في حالة واحدة، في المشاريع التي يقتصر فيها دور وكالة الضمان على الوساطة بين الدولة المصدرة للرساميل من جهة والمستثمر من جهة أخرى. إلا أن ذلك لا يمنع في جميع الحالات، الوكالة من ممارسة سلطتها التقديرية في هذا الشأن، خاصة وأنها قد تنظر إلى إعتبارات غير تلك التي تنظر إليها الدولتان المذكورتان. وهي أن تتحقق قبل كل شيء من أن كل الشروط التي تقتضيها الإتفاقية المنشأة لها، هي متوافرة، كنوع الإستثمار وطبيعته ودرجة الخطر وبما يحقق التوازن بين حجم عملياتها في الدول الأعضاء. وهو توازن يستنتج ضمنيا من النصوص التي تحدد حدا أقصى لمجموع الإستثمارات التي يجوز للوكالة ضمانها في إقليم كل دولة.

ولكن حصر نطاق المفاوضات من حيث الإلتزام بالتفاوض والنزاعات التي تغطيها هذه المفاوضات، لا يمكن أن يغنينا عن البحث عن المفاوضات كإجراء تقني يسبق عادة مرحلة التوفيق أو التحكيم.

المبحث الثاني: إجراء المفاوضات.

إن إجراء المفاوضات يطرح مسألتين في غاية الأهمية. المسألة الأولى: هل يمكن إعتبار التفاوض مرحلة مسبقة وإجبارية، قبل اللجوء إلى أي وسيلة أخرى لفض النزاع؟ (المطلب الأول). والمسألة الثانية: ما هي النتائج التي من الممكن أن تنتهي إليها عملية التفاوض؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصفة المسبقة والإجبارية للمفاوضات.

لا شك أن الصياغة التي جاءت بها المادة 2 من ملحق الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار هي صريحة في هذا الجانب. فقد جعلت من مرحلة التفاوض مرحلة مسبقة عن اللجوء إلى أي وسيلة أخرى، سواء التوفيق أو التحكيم. وقد كرست المادة 2 من ملحق الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار نفس الإتجاه عندما صرحت أنه: " لا يجوز اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم إلا بعد إستنفاذ

سبل التسوية عن هذا الطريق". إن أسبقية الحل التفاوضي يعني هنا، أن اللجوء إلى طرق أخرى للتسوية لا بد وأن يمر حتما عبر مرحلة التفاوض. والغاية من هذه الأسبقية، هـي منح المتفاوضين فرصة حل النزاع بسرعة وبأقل التكاليف قبل اللجوء إلى مراحل أخرى متقدمة قد لا ينجح المتفاوضان في تجاوزها. ولكن، هل أسبقية التفاوض على أية وسـيلة أخرى، تعني أن الطرفين هما مدعوان إلى مواصلة التفاوض ما لا نهاية حتى الوصـول إلى حل. عمليا، لا يمكن إعتبار مرحلة التفاوض مرحلة مسبقة لا بد من إستعمالها إلى ما لا نهاية. ولكن بالمقابل، تعد مرحلة التفاوض مرحلة إجبارية، لأن كلا مـن الإتفـاقيتين، الإتفاقية الدولية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإسـتثمار والإتفاقيـة العربيـة لضـمان الإستثمار قد أكدت على الصفة الإجبارية لهذه المرحلة، عندما صـرحت المـادة 2 مـن ملحق (II) من الإتفاقية الدولية بأنه يقع على الأطراف السعي إلى تسـوية نـزاعهم عـن طريق التفاوض قبل إيداع طلب في التوفيق أو في التحكيم. وكذلك المادة 2 السالفة الذكر من ملحق الإتفاقية العربية، عندما أكدت هي الأخرى على إجبارية الإجـراء التفاوضـي وجعلت منه إجراء إجباريا وليس إختياريا. بمعنى آخر، أنه على الطرفين العمل به قبـل اللجوء إلى أي وسيلة أخرى لتسوية النزاع.

إن مسألة أسبقية التفاوض وإجباريته ليست في الحقيقة بجديدة. فقد سبق وأن أثيرت على مستوى القانون الدولي العام، في النزاع الذي نشأ بين الحكومة البرتغالية والهند فـي خصوص حق العبور الذي تمسكت به الحكومة البرتغالية قصد ضـمان إتصـالاتها مـع بعض المناطق الموجودة داخل الهند.

ومن بين الدفوع التي أثارتها نيودلهي للرد على إدعاءات الحكومة البرتغالية آنذاك أمام القضاء الدولي، كون الدعوى التي رفعتها الحكومة البرتغالية هي غير مقبولة شـكلا لأنها لم تحترم فيها " قاعدة دولية عرفية" التي تلزمها " بمباشرة مفاوضـات دبلوماسـية ومواصلتها إلى حد يصبح مواصلتها أمرا غير ذي فائدة" وهكذا، فإننا نلاحظ فـي هـذه القضية أن المدعى عليها تتمسك أولا، بأن المفاوضات هي مرحلة إجبارية طبقا لقاعـدة عرفية. وثانيا، أن هذه القاعدة لا تشترط فقط اللجوء إلى المفاوضات الدبلوماسـية وإنمـا أيضا الإستعمال الكامل والكلي لهذه المفاوضات " a full trial" إلى حـد يصـبح مواصـلة

إستعمالها لا طائل منه. ونفس المبدأ، نجده في القضية المعروفة بقضية Mavrommatis (697)، وإن كان إستناد الحكومة الهندية – فيما سبق وأن ذكرناه – إلى مجرد قاعدة عرفية قد واجه إنتقادات عديدة (698). لا شك، أن إجبارية مرحلة التفاوض قد أملتها الضرورة وإلا لكان للإتفاقيتين، الدولية والعربية المتعلقتين بالضمان، الحاجة إلى أن تمليانها على الطرفين المتنازعين.

ولأن النزاع لا يمكن أن يسوى إلا بهذه الطريقة بالذات، قبل اللجوء إلى أي وسيلة أخرى. فعلى هذا الأساس، فإنه يقع على الطرفين المتنازعين الإلتزام بها. كما أنه لا يخفى على أحد، أن المفاوضات تمليها أيضا الضرورة حتى أنها أصبحت بفعل الممارسة المتواترة تجسد قاعدة عرفية دولية (699).

ولكن هل يمكن تشبيه التفاوض كشرط لا بد منه une condition sine qua non للمرور إلى مرحلة لاحقة بالإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية المنصوص عليه في المادة 24 من لائحة تحكيم " سيردي" ؟

من حيث مبدأ الأسبقية، نرى أنه يمكن تشبيه التفاوض كمرحلة مسبقة عن التوفيق أو التحكيم بمبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية. ولكن في نفس الوقت، هل يعد التفاوض مرحلة إجبارية بنفس الدرجة والقوة لما لمبدأ إستنفاذ طرق الطعن الداخلية طبقا للمادة السالفة الذكر؟

هنا يختلف الأمر، لأنه إذا كان مبدأ إستنفاذ طرق الطعن الداخلية هو مكرس بشكل صريح وهو منظم بدقة من طرف القانون الداخلي للدولة المضيفة. إلا أنه، مقارنة بالتفاوض الذي يعد وسيلة مرنة ويطغى عليها الجانب العملي. فلكل هذه الأسباب، يصعب علينا تشبيه مبدأ إستنفاذ طرق الطعن الداخلية بالتفاوض.

---

(697) C.P.J.I, Série A, n° 2.

(698) Bourquin. M : « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale » ? in Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant, éd. A. Pedone, Paris, 1960, pp. 43-55, spéc, pp. 44-50.

(699) في النزاع بين الحكومة البرتغالية والحكومة الهندية، فإن هذه الأخيرة - حسب الأستاذ Bourquin قد إستندت في ردها أمام محكمة العدل الدولية إلى أن اللجوء المسبق إلى المفاوضات الدبلوماسية تعد ضرورية بمقتضى القانون العرفي، نفس المرجع.

والدليل على ذلك، أنه إذا كان مبدأ إستفاذ طرق الطعن الداخلية- مثلما نعلم - هـو معلوم من حيث نقطة البداية وصولا إلى نقطة الإنتهاء. إلا أن التفاوض بحكم كونه وسيلة مرنة ولا تطلب شروطا دقيقة عند التطبيق، فلا يمكن حصرها فـي الـزمن. فمثلا،فـإذا أمكننا أن نطلع على بداية التفاوض، فلا يمكن لنا أن نعرف متى ستنتهي. يكفي مثلا، أن يشرع أحد المتفاوضين في التفاوض ثم يقطعه، ليكون بذلك قد منح الفرصة للطرف الآخر ليباشر المرحلة اللاحقة. فإذن، نلاحظ أن المفاوضات، بقدر ما هي إجبارية مـن حيـث المبدأ، إلا أن مصيرها غير مؤكد بحكم خضوعها إلى تصرف الطرف في النزاع الـذي في مقدوره أن يجعل منها شبيهة بأي مرحلة أخرى حتى ولو كانت مسبقة وإجبارية، لأن التفاوض هو لصيق أكثر - حسب إعتقادنا - بتصرف المتفاوض أكثر مـن إلتصـاقه بالصفة المسبقة والإجبارية له. لأنه في الحقيقة " لا يوجد نظام عالمي للتفـاوض وإنمـا توجد ظروف وشخصيات تتفاوض " (700). مما يؤكد لنا، أنه حتى وإن كانت المفاوضـات مسبقة إلا أنها ليست إجبارية بالدرجة والقوة التي لدى مبدأ إستفاد طرق الطعن الداخليـة المنصوص عليه في إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة فـي الإستثمار.

ولكن في جميع الحالات، حتى وإن كانت المفاوضات هي تعبيـر عـن تصـرف المتفاوض، إلا أنها لا بد وأن تنتهي إلى حل.

المطلب الثاني: مصير المفاوضات.

يمكن أن تعرف المفاوضات مصيرين. إما أن تؤدي المفاوضات إلى حل يرتضيه الأطراف. في هذه الحالة، فإنهم بذلك يضعون حـدا لنـزاعهم المتعلـق بالإسـتثمار. أو بالعكس، ممكن أن يصل الأطراف إلى طريق مسدود.

في هذه الحالة، فنحن نصير بذلك أمام فشل للمفاوضات الذي لا يمكن أن يعني إلا شيئا وحيدا، ألا وهو عدم الوصول إلى حل للنزاع.

---

(700) Clavel. JOD : De la négociation diplomatique multilatérale éd, Bruylant, L. G.D.J. Paris, 1991. p, 11.

تشير الإتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بضمان الإستثمار إلى أنه، تعد المفاوضات قد أستنفذت " إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل ..." (701) أي، كأن يكون الأطراف قد قاموا بما في وسعهم للوصول إلى حل للنزاع، ولكن لم يحققوا ذلك حتى وإن مبدئيا، لا يعد الإلتزام بالتفاوض من باب الإلتزام بتحقيق غاية. يبقى أن نشير من جهة أخرى، إلى أن التفاوض يعتبر قد أستنفذ، إذا كانت هذه الوسيلة قد إستعملت بما فيه الكفاية وأن المال الذي إنتهت إليه، كان بعد جهد بذله الطرفان في حالة الدولة والمستثمر الأجنبي. أو أنها إنتهت قبل أن تستنفذ، لأن المفاوضات لم تتم بالطريقة المطلوبة.

لهذا الغرض، فقد إعتبرت المحكمة الدولية فـي قضـية Mauvommatis مـثلا، أن المفاوضات المنصوص عليها من قبل القانون الإتفاقي لا تتطلب شروطا مظبوطة للحكـم على أنها أستنفذت ولا مجال لمواصلتها، ويمكن بالتالي المرور إلى مرحلة لاحقة. يكفـي أن يكون هنالك تصرف سلبي من قبل أحد الطرفين - كما سبق وأن ذكرنا - حتى يفسـح المجال للطرف الآخر بأن يمر إلى المرحلة اللاحقة، سواء أكانت التوفيق أو التحكيم حتى وإن كانت المفاوضات لم تزد عن كونها مجرد تبادل للآراء خلال مدة محدودة.

وخلاصة القول، أنه يصعب التكهن باستنفاذ المفاوضات. ولكن هل يمكن القول أن المشكلة قد إنتهت ؟ بالطبع لا. لأن العملية التفاوضية تعتبـر قـد أسـتنفذت إذا " فشـل الأطراف في التوصل إلى حل خلال ستة شهور من طلب أحد الأطراف الدخول فيهـا". ولكن، لماذا ستة أشهر ؟ وماذا عن بداية الدخول في المفاوضات ؟

في الحقيقة، تؤكد جميع الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية أو جهوية على مدة ستة أشهر كمدة محددة للتفاوض. وقد تكون لمحرري هذه الإتفاقيات مبـرراتهم في ذلك، عندما إرتأو حصرها في هذه المدة بالذات. وأحد المبررات - حسب إعتقادنـا - هو حمل المتفاوضين بطريقة غير مباشرة على إيجاد حل للنزاع بسرعة، خاصة وأنهـا تعد مرحلة مسبقة على أي وسيلة أخرى لتسوية النزاعات. ثم إلى جانب هذا المبرر،

(701) راجع مادة 2 من الملحق (II) من إتفاقية " أم جي" الدولية وكذلك المادة 2 من ملحق الإتفاقية العربيـة المنشـأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار، المرجع السابق.

هنالك مبرر آخر، ألا وهو أن التفاوض لا بد وأن يكون محدد المدة، لأنـه مـن غيـر المعقول أن تكون المدة مفتوحة وغير محددة، لأن من شأنها أن تطيل في عمر التفـاوض وتفرغه من محتواه كمرحلة مسبقة للوصول إلى نتيجة.

ولكن إذا كان المبدأ هو ستة أشهر، فيمكن في بعض الحالات، وهذا طبعا يـرتبط بقدرة المتفاوضين والأجواء المادية والنفسية التي يتفاوضان فيها من إيجاد حل فـي مـدة أقل من المدة المحددة (702).

ولكن في جميع الأحوال، تعد مدة ستة أشهر، مدة قصيرة بـالنظر إلـى النـزاع، موضوع الحل التفاوضي، بقطع النظر ما إذا كان في نية الطرفين إيجاد حل للنزاع بدون مراعاة الوسائل الأخرى، كمرحلة التوفيق مثلا باعتبارها تمثل أيضا فرصة أخرى للحـل الودي، إذا ما فشلت الطريقة التفاوضية. إلا أن الشيء الذي يجب التنبيه إليـه، هـو أن ضيق المدة قد يدفع أحيانا الطرفين إلى الوصول إلى حل غير متوازن. لأنه لو كان لهمـا متسع من الوقت لما توصلا إلى نتائج أفضل. هذا، إذا طرحنا المشاكل المتعلقة بالترجمـة خلال المفاوضات والتي قد تعيق سير المفاوضات خلال تلك الفترة وتجعلها عسيرة وغير مؤمونة النتائج (703).

أما عن بداية إنطلاق مدة ستة أشهر للتفاوض، فتشير كل مـن الإتفاقيـة الدوليـة المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار والمؤسسة العربية إلى أنها تبدأ مـن أول طلـب يقوم به أحد الطرفين، يعلن من خلاله رغبته في الدخول في المفاوضات (704).

لم تتعرض أي من الإتفاقيتين، الدولية أو العربية إلى الشكل الذي يجب أن يأخـذه هذا الطلب ولا عن محتواه. إلا أنه لا يمكن أن يأخذ هذا الطلب إلا شكل عريضـة يقـوم بتوجيهها أحد الطرفين إلى الآخر، يعلن له فيها عن نيته في الدخول معه في مفاوضـات من أجل إيجاد حل مناسب للنزاع.

---

(702) د. محمد بدر الدين مصطفى زايد، المفاوضات الدولية، الهيئـة المصـرية العامـة للكتـاب القـاهرة، 1991، ص. 193.

(703) د. محمد بدر الدين مصطفى زايد، المرجع السابق.

(704) أنظر المادة 2 من الملحق II من الإتفاقية الدولية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار والمادة 2 السالفة الذكر من الإتفاقية العربية المرجع السابق.

إلا أن المباشرة الفعلية للتفاوض تبقى مرهونة في جميع الحالات بمدى إستجابة الطرف الآخر للدعوة للتفاوض المعروضة عليه من قبل الطرف المبادر la partie la plus diligente، لأن التفاوض يقوم قبل كل شيء على الإتفاق على التفاوض الذي يجب أن تتوفر فيه شرطان " الحاجة للتفاوض وتوفر الإرادة للتفاوض" (705). كتوازن القوة بين الطرفين وطبيعة النزاع محل التفاوض والحالة النفسية التي يكون عليها المتفاوض.

ولكن مرحلة التفاوض ليست هي المرحلة الوحيدة لتسوية النزاع، من الممكن أن تعقبها مرحلة أخرى، تسمى التوفيق. وهو ما أشارت إليه أيضا الإتفاقيات المتعددة الأطراف في مستواها الدولي والإقليمي العربي.

الفصل الثاني: التوفيق.

يعتبر التوفيق طريقة ودية أخرى بعد مرحلة المفاوضات. ويأتي التوفيق من هذه الزاوية الجديدة ليعزز رغبة الطرفين، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، في حل النزاع قبل الذهاب إلى التحكيم. إلا أن اللجوء إلى التوفيق لا يمكن أن يصبح مفتوحا للطرفين إلا بعد فشل المفاوضات.

ويعرف التوفيق عموما، على أنه طريقة للتسوية الودية بمساعدة طرف آخر، وفقا لإجراء مضبوط من قبل إتفاقية (706).

ويتميز التوفيق كأسلوب ودي لفض النزاع بين الطرفين بإجراءات سلسة (مبحث1) وبسلطات مرنة أيضا فيما يخص المهمة الملقاة على عاتق الموفق من أجل إيجاد حل متوازن بين الطرفين المتنازعين (مبحثII) ونقصد بالطبع هنا بالطرفين المتنازعين، الدولة والمستثمر الأجنبي في نزاعهما المتعلق بالإستثمار.

---

(705) Bhouri. H : op cit, p. 85.
(706) Herrmann. G : « la conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends », Rev.arb, 1985, n° 3, p. 343.

مبحث 1: إجراء التوفيق.

إن التوفيق كإجراء يعتمد عليه في حل النزاع المتعلق بالإستثمار، هو مبني أولا وقبل كل شيء على رضاء طرفي النزاع به. وبمعنى آخر، فهو يقوم بالأساس على إتفاق بين الطرفين (مطلب 1). إلى جانب كونه يقوم أيضا على قواعد مرنة تحدد كيفيات تنظيمية كتقنية من التقنيات التي يعول عليها الطرفان لحل نزاعهما الإستثماري (مطلبII).

مطلب 1: الإتفاق على التوفيق.

إن اللجوء إلى التوفيق كإجراء ودي، يشترط طبقا للمادة 33 من الإتفاقية المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار " سيردي"، إتفاق طرفي النزاع على إستعماله وهذا يعني من حيث المبدأ، أن التوفيق لا يعد مرحلة إجبارية، وإنما هي مرحلة إختيارية تخضع إلى رضاء الطرفين الذي يجب أن يكون رضاء متبادلا. وهو نفس المبدأ الذي أخذت به الإتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار وكذلك الإتفاقيتين العربيتين، الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار وكذلك الإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسنة 1980 **(707)**. وبهذا المبدأ، فإن الإتفاقيات المتعددة الأطراف تشكل خطوة إلى الأمام نحو تكريس قاعدة الرضائية التي تلتقي مع جوازية مرحلة التوفيق بدلا من إجباريته. مع التنويه هنا، بأنه على مستوى العالم العربي، وقبل إتفاقية سنة 1980، فقد عملت به أيضا الإتفاقية العربية لسنة 1974 التي جعلت من التوفيق مرحلة " تطرح فيها بالأساس إدعاءات الطرفين في النزاع والأسس القانونية التي يرتكز عليها قبل اللجوء إلى التحكيم" **(708)**.

---

(707) راجع المادة 3 (أ) من الإتفاقية الدولية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار " أم جي" والمادة 2 (ب) من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار وكذلك المادة 1 فقرة 1 من الإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية، البلدان العربية لسنة 1980.

(708) Rycx. J.F : « L'accord sur le règlement des litiges entre Etats-hôtes d'investissements arabes et ressortissants des autres Etats arabes et ses perspectives », Rev. arb, 1981, pp.208-209.

ولكن ماذا تعني قاعدة الرضائية عند لجوء الطرفين إلى التوفيق ؟ إنها تعني أولا، أنه لا يمكن اللجوء إلى التوفيق، إذا كانت هنالك معارضة من جانب أحد الطرفين أو أن أحدهما لم يبد رغبته في التوفيق خلال مدة معينة. وثانيا، أنه لا يمكن وضع التوفيق حيز التنفيذ إلا بالرضاء الصريح للطرفين اللذان يبقى يحتفظان بإمكانية التخلي عن إستعماله برضائهما المشترك في أية لحظة.

يبقى أن نشير، إلى أنه بقدر ما يعتمد التوفيق أصلا على إرادة الطرفين الحرة في اللجوء إليه أو في عدم اللجوء إليه، إلا أنه لا يضم غالبا طرفين، لهما نفـس المسـتوى الإقتصادي ويسعيان بالضرورة إلى تحقيق هدف واحد. وبالتالي، فالرضاء المسبق للجوء إلى التوفيق لا يمكن أن يؤمن نجاح التوفيق مائة في المائة. لهذه الأسباب، فإنه " يخشـى على التوفيق بالرغم من وجود إلتزام صريح وواضح باستعماله، أن يتحول إلـى مجـرد هدر للوقت وللمال" (709).

ولذا، فإنه يشترط عادة بالإضافة إلى عامل الرضاء، عامل آخر، ألا وهو رغبـة الطرفين في التعاون من أجل إنجاحه.

أما من حيث الشكل الذي يجب أن يكون عليه هذا الإتفاق، فلا يمكن أن يأخـذ إلا شكلا كتابيا (710) لأن فعالية التوفيق كإجراء مسبق، تبقى مرتبطة بهذا الكتب ومن جهـة أخرى، لأن التوفيق يمكن أن يشكل وثيقة مهمة يمكن أن يتمسك بها أحد الطـرفين فـي مواجهة الآخر، إذا ما أراد التنصل من الإتفاق باعتباره تجسيدا ماديا لمـا توصـل إليـه الطرفان بإرادتهما الحرة والنزيهة. كما يمكن أن يشكل الإتفـاق علـى التوفيـق نقطـة الإنطلاق " لإعادة التفاوض في خصوص العلاقات الإقتصادية ذات الأمد البعيد وكقاعـدة لإعادة توازن الإلتزامات المتبادلة بين الطرفين في إطار عقود الإمتياز الدولية" (711).

---

(709) Amadio. M : op cit, p. 155.

(710) راجع المادة 3 (ب) من الملحق (II) من إتفاقية " أم جي" الدولية والمادة 3 فقرة 2 من الإتفاقية العربية المنشـأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار والمادة 28-1 من إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي " سيردي" والمادة 1 فقرة 1 من الإتفاقية العربية لسنة 1980 المتعلقة بنقل رؤوس الأموال من البلدان العربية في البلدان العربية.

(711) Rambaud (P) : « Arbitrage, concession et nationalisation. Quelques observations sur la sentence BP », in A.F.D.I , 1981, p. 222.

أما من حيث محتوى هذا الإتفاق، فتكاد تجمع الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي إطلعنا عليها، على أنه يجب أن يشير الطرفان في هذا الإتفاق إلى موضوع النزاع وإدعاءات الطرفين وإلى أسماء الموفقين، إلى جانب ذكر كيفية تشكيل الهيئة المكلفة بالتوفيق، إن كانت سوف تأخذ شكل هيئة وعدد أعضائها وأتعابهم، أو إن كان سوف يعهد الطرفان إلى تعيين موفق وحيد، تعهد إليه مهمة التوفيق. وهي بيانات نجدها في جميع الإتفاقات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية مثل الإتفاقيتين " سيردي" و " أم جي"، أو في الإتفاقيتين العربية والمغاربية باعتبارها إتفاقيتين جهويتين: الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار أو الإتفاقية العربية لنقل رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية.

الملاحظة فقط، أنه خلافا لإتفاقية " سيردي" الدولية والإتفاقية العربية لسنة 1974 اللتان تأخذان بمبدأ تعدد الموفقين (712)، فإن الإتفاقية العربية المنشـأة للوكالـة العربيـة لضمان الإستثمار تنص على وجوب الأخذ بنظام الموفق الوحيد أما بالنسبة لكيفية تعيـين الموفق أو الموفقين الذي يجب أن يحتويها الإتفاق، فتنص الإتفاقيات المتعددة الأطـراف سواء أكانت دولية أو جهوية على أن طرفي النزاع، الدولة و المسـتثمر الأجنبـي همـا أحرار، في خصوص تحديد طرق تعيين الموفق أو الموفقين وكذلك عددهم (713) وإن كان في الغالب، تؤكد هذه الإتفاقيات وعلى رأسها إتفاقية " سيردي" على أنه يجب أن يكـون عدد الموفقين في شكل فردي nombre impair. فهذا العدد لا يشكل في الحقيقة من وجهـة نظر الأستاذ Amadio القاعدة، باعتبار أن الغاية من هذا الشرط " ليس بالضرورة الحصول على أغلبية لأن دور لجنة الموفقين، ليس الفصل في النزاع، ولكن إقتراح تسوية ترتضيها الأطراف" (714). ونعتقد أن إعتماد إتفاقية "سيردي" للعدد الفردي في تشكيلة لجنة الموفقين

(712) راجع المادة 29-2 (أ) و (ب) من إتفاقية واشنطن لسنة 1956 والمادة 10-(أ) و (ب) من الإتفاقيـة المتعلقـة بتسوية النزاعات عن الإستثمارات بين الدول العربية المضيفة للإستثمار ورعايا الدول العربية الأخرى لسنة 1974.

(713) راجع المادة 3 (ب) من إتفاقية " أم جي" الدولية والمادة 29-2 (أ) من إتفاقية واشنطن إلى جانب المـادة 2-2 من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار والمادة 1-1 من ملحق الإتفاقيـة العربيـة الموحـدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية.

(714) Amadio. M : Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965, L.G.D.J, 1967, p. 37.

إنما القصد منه، هو تحقيق التوازن داخل اللجنة من حيث التمثيل. ولكن بالمقابل، يجب ألا يتحول الموفق المعين من قبل الطرفين في حالة الدولة والمستثمر الأجنبي، إلى وكيل عنهما وإنما يجب أن يتجاوز ذلك إلى محاولة إيجاد حل ودي يرضي الطرفين.

من جهة أخرى، بينما تعتمد إتفاقية " سيردي" والإتفاقيتان العربيتان لسـنة 1971 وسنة 1980 مبدأ التعددية في تعيين الموفقين، فإن إتفاقية سيول لسنة 1985 تأخذ بقاعدة واحدية التعيين، وذلك طبقا للمادة 3-ب منها. إلا أنها تلتقـي مـع الإتفاقيـات السـابقة الأخرى، في كونها تخضع هي أيضا، إختيار الموفق إلى إرادة الأطراف. وهكـذا، فـإن الموفق يقع إختياره باتفاق مشترك بين الدولة أو إحدى مؤسساتها العموميـة والمسـتثمر الأجنبي. أما في حالة الإختلاف، فإنه يمكن لهما أن يطلبا مـن الأمـين العـام لمركـز " سيردي" أو إلى رئيس محكمة العدل الدولية أن يعين موفقا بدلهما.

أما إذا لم يتم تعيين الموفق في ظرف 90 يوما، إبتداءا من تاريخ إتفاق الطـرفين على اللجوء إلى التوفيق، فإن الإجراء ينتهي بانتهاء هذه المدة. ومن ثمة، فلن تكون هنالك أية إمكانية للحيلولة دون إيقاف إجراءات التوفيق، لأن الملحق II من إتفاقية واشنطن لـم ينص على أي مخرج لهذا المأزق. وعليه، فيمكن إعتبار وضع حد للإجـراء التـوفيقي وربطه بعدم التوصل إلى تعيين الموفق في المدة المحددة أعلاه كقاعدة آمـرة لا يمكـن الخروج عنها أو تجاوزها.

أما عن عدد الموفقين وكيفية تعيينهم من قبل الطـرفين فـي ضـوء الإتفـاقيتين العربيتين (لسنة 1971 وسنة 1980)، فهي تخضع هي الأخرى لمبدأ واحدية التعيين أي موفق واحد، مختار من قبل الطرفين، على أساس إتفاق مشترك بينهما. أما في حال عدم الإتفاق، فمن طرف الأمين العام لجامعة الدول العربية، وبطلب من أحدهما. يرى الأستاذ Hermann، أن إختيار موفق واحد عوض عدة موفقين هو نظام سهل ومرن (715).

---

(715) Hermann. G : « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends » in, Rev. arb, 1985, n° 3, p. 365.

وإن كان هذا الرأي لا يشاطره فيه الأستاذ حرشاني الذي يرى أن نظام تعدد الموفقين هو الأفضل حتى وإن كان له عيوبه لأنه " يزيح خطر الإنحياز وحتى التعسف" (716).

بالنسبة للإتفاقية المغاربية، فهي لم تأت بالتفصيل، في خصوص كيفيـات تعيـين الموفق أو الموفقين، وإنما إكتفت بذكر المرجعيات التي تطبق في مثل هذه الحالات وهي إما الإجراءات المقامة أمام المحكمة القضائية للبلدان المغاربية أو تلك المقامة أمام محكمة الإستثمار العربية طبقا للإتفاقية الموحدة لإستثمار الرساميل العربية في البلدان العربية أو الأخذ بلائحة التوفيق والتحكيم للهيئات الدولية المتخصصة في تسوية النزاعات المتعلقـة بالإستثمار طبقا للإتفاقيات الدولية المتعلقة بها (717). وعليه، فإن القواعد التي تنظم هـذه المسائل المتعلقة بالتعيين هي التي تطبق.

أما في خصوص رد الموفقين وإستبدالهم بموفقين آخرين، فقد نظمـت الإتفاقيـات المتعددة الأطراف المذكورة هذه القضايا في جميع جزئياتهـا، وإن كنـا نشـهد بعـض الإختلافات الطفيفة بين إتفاقية وأخرى.

فعلى مستوى رد الموفقين، تشير إتفاقية "سيردي" إلى أن الموفقين يردون في حالة واحدة، عند فقدان أكيد للصفات التي تتطلبها المادة 14 فقـرة 1 (718). وبـالرجوع إلـى مقتضيات المادة السالفة الذكر، فإننا نجد أن على الموفق أن يتمتع بمركز أدبي رفيع وأن يتسم بالحياد والإستقلال في مباشرة وظائفه وأن يتمتع بالكفاءة القانونية التي تخول له أداء مهمته على أحسن ما يرام. وهي شروط يشترك فيها أيضا المحكم، وإن كان شرط الكفاءة القانونية يعتبر من الشروط الجوهرية التي يجب أن يخضع لها المحكم دون سـواه مـن الموفقين. ولا تختلف إتفاقية " سيردي" الدولية – مثلما عرضـنا – فـي الصـفات التـي تشترطها على الموفقين عن إتفاقية " أم جي"، ذلك أن هـذه الإتفاقيـة تؤسـس مبـدأ رد الموفق على الإنعدام أو الشك في بعض الصفات التي يجب أن يتحلى بها الموفق،

---

(716) Horchani. F : « Le règlement pacifique .. » op cit », p. 105.

(717) راجع المادة 19 من الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار .. المرجع السابق.

(718) تنص المادة 14 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن الدولية المنشأة للمركز الدولي " سيردي" على ما يلـي: " يجـب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفاءتهم في المجالات القانونيـة أو التجارية أو الصناعية أو المالية. وأن تتوافر لديهم ضمانات الحيدة والإستقلال في مباشرة وظائفهم..."

العالية والإستقلال (719). ونحن نرى أن هذه الصفات بقدر ما هي ضـرورية لمصـداقية عمل الموفق، فهي ضرورية أيضا لصحة الإتفاق على التوفيق نفسه.

أما على مستوى الإتفاقيات العربية، فالملاحظ، هو سكوت هـذه الإتفاقيـات عـن أسباب رد الموفق المختار. وبعبارة أخرى، عن الصفات التي يجب أن يتمتع بها، مـن نزاهة وإستقلال في المواقف ومن كفاءة قانونية. الأمر الذي يجعلنا نتساءل، إن كان هـذا السهو متعمدا من قبل محرري هذه الإتفاقيات حتى يضفوا على إجراءات التوفيق نوعا من المرونة، أم أن مهمة التوفيق في حد ذاتها لا تستحق من الموفق كل هذه الصـفات التـي ذكرناها.

أما عن طرق إستبدال موفق بموفق آخر على إثر الرد، فهي تخضع طبقا لإتفاقيـة واشنطن الدولية وفقا للأوضاع والشكليات التي تطبق على المحكمين، أي على مرحلتين: يجوز للخصم طبقا لمقتضيات المادة 57 من الإتفاقية أن يطلب من لجنة التوفيق رد أحـد أعضائها بسبب غياب أحد الشروط السالفة الذكر. ثم يقوم رئيس اللجنة بدراسة الطلـب. وفي حالة الإستجابة، يستبدل الموفق وفقا لنفس شروط التعيين لأول مرة.

أما بالنسبة لإتفاقية " أم جي"، فهي تمنح الطرفين في النزاع سلطة إستبدال الموفق الوحيد باتفاقهما المشترك. وهذه الطريقة لا تطرح في الواقع مشاكل خلافا لحالتي الوفـاة أو الرد (720).

أما في حالة الإستقالة أو العجز، فإن إجراءات الإستبدال لا يمكن أن تسري عليها، قبـل التأكد ما إذا كان الموفق المستقيل أو العاجز عن أداء وظيفته قد أعلم الطرفين أو سـلطة التعيين L'autorité de nomination إذا كان قد عين من قبل هذه السلطة، لأن قبول الإستقالة من عدمه يرجع في الأخير إلى الطرفين في النزاع، الدولة والمستثمر الأجنبي أو إلى

---

(719) راجع المادة 8 من لائحة التوفيق (الآليات الإضافية) للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات.

(720) لأنها تخضع إلى إجراءات خاصة لملئ الفراغ الذي خلفه الموفق. ولكن في جميع الحالات، فـإن رئـيس لجنـة الموفقين هو الذي يتولى بصفة آلية مهمة التوفيق إلى حين تعيين موفق جديد طبقا للشكليات المتعلقة بـالتعيين. راجـع المادة 18 من لائحة التوفيق (الآلية الإضافية) للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات.

السلطة التي عينته (721). أما عن طريقة إستبدال الموفق، فهي تتم طبقا للقواعد المطبقة في حالة التعيين.

هذا عن الإتفاقيتين الدوليتين: " سردي" و" أم جي". أما إذا رجعنا إلى الإتفـاقيتين العربية و المغاربية باعتبارها إتفاقيتين جهويتين، فلا شك أننا سنجد إختلافا كبيـرا بـين هاتين الإتفاقيتين، في خصوص مسألة إستبدال الموفـق أو رده. فـإذا كانـت الإتفاقيـة المغاربية قد حسمت ولو جزئيا في موضوعي الإستبدال والرد، وذلك بإحالة الطرفين إلى الإتفاقيات الدولية المتخصصة من جهة وإلى الإتفاقية العربية المتعلقـة بنقـل الرسـاميل العربية في البلدان العربية لسنة 1980 من جهة أخرى، إلا أنه إذا كانت الإتفاقات الدولية المتخصصة مثل " سيردي" أو " أم جي" – مثلما لاحظنا – لا تثير أية مشـاكل بالنسـبة لمسألتي الرد والإستبدال. إلا أنه بالرجوع إلى الإتفاقية العربية السالفة الذكر، وبالضـبط إلى المادة 1 منها، فلا نجد أثرا لموقفها من هاتين المسألتين. وهو ما يثير تساؤلا حول نية واضعي هذه الإتفاقية من عدم التعرض إلى المسألتين اللتين ذكرت. نعتقد أن هذا السكوت هو مقصود فواضعو الإتفاقية العربية لسنة 1980 ربما لا يرغبون في تعقيـد إجـراءات التوفيق بتحميل النصوص المنظمة لها أكثر مما تحتمل. ومن ثمة، فهم يحرصون علـى الحفاظ قدر الإمكان على المرونة التي عادة ما يتصف بها التوفيق. ولكن، حتى في هـذه الحالة، فإن سكوت الإتفاقية العربية يجعلنا نتساءل إن كان هذا الموفق سوف لـن يكـون غير محايد حتى لا يستحق الإستبدال. وهي وضعية – في رأينا – لا يمكن القبـول بهـا عمليا لأنه ببساطة، إسقاط عدم الحياد عن الموفق لا ينسجم لا مع المنطق ولا مع الواقع، خاصة إذا كانت الإتفاقية العربية هي التي سوف يقع عليها الإختيار من قبـل الطـرفين، الدولة والمستثمر العربي رعية الدولة العربية الأخرى.

ولكن الإتفاق على التوفيق لا يكفي لوضع التوفيق حيز التطبيق، لا بد من تحديـد لقواعد تضبط إجراءاته في جميع جزئياته.

---

(721) يقصد بسلطة التعيين هنا، إما الأمين العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أو رئيس محكمـة العـدل الدولية في حالة عدم إتفاق الطرفين على إختيار الموفق، راجع المادة 3 (ب) من إتفاقية " أم جي"، المرجع السابق.

المطلب الثاني: القواعد الضابطة لإجراءات التوفيق.

بالرجوع إلى إتفاقية " أم جي"، نلاحظ أن القواعد الواجبة التطبيق على إجـراءات التوفيق هي تلك المنصوص عليها في المادة 3 ج من الملحق II والتي تنص على أنه " ما لم ينص في هذا الملحق أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يحدد الموفق القواعد الخاصة بإجراءات التوفيق مستهديا في ذلك بالقواعد المنصوص عليها في إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى". ومن ثمة، فإنه يجب على الموفق أن يحـدد القواعد الإجرائية طبقا لهذه اللائحة. ولكن بالرغم من الدقة التي تتميز بها هذه الأخيرة إلا أن جزءا من قواعدها قد لا يستجيب لما يريده الطرفان. ولهذا السبب، فإن مجرد الرجوع إلى هذه اللائحة، سوف لن يمنع الموفق من أن ينتقي منها ما يريد. علمـا، أن إختيـار طرفي النزاع للائحة التوفيق للمركز الدولي " سيردي" هو إختيار حر. بما أن هذه اللائحة تعد مجرد لائحة مكملة (722). وتأسيسا على ذلك، يمكن إستبعادها. ولكن، بالرغم من ذلك كله، هل أن الموفق يملك السلطة في أن يفصل في أي مسألة تتعلق بالإجراء التوفيقي هي غير منصوص عليها في لائحة توفيق المركز ؟

في الواقع، تمنح لائحة التوفيق للمركز الدولي " سيردي" الموفق كل الصـلاحيات في أن يفصل في " أي مسألة تتعلق بالإجراءات" والتي لم يقع التنصيص عليها في لائحة التوفيق الدولية.

من جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن القواعد الإجرائية المتعلقة بالتوفيق تقع فـي المواد 4 و5 و6 من لائحة التوفيق للمركز. وعليه، فإنه مبدئيا، من حيث تطبيـق هـذه الإجراءات، فإنها يجري تطبيقها وفقا للقواعد المنصوص عليها في لائحة التوفيق للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار. ولكن، بالرغم من إعتماد الموفق للائحـة التوفيق للمركز السالف الذكر في غياب أي إختيار آخر للأطراف في النزاع، فهل يمكـن للموفق أن يستبعد بعضا من القواعد المنصوص عليها في إتفاقيـة واشـنطن والمتعلقـة بالتوفيق ؟ في الحقيقة، لا شيء يمنع الموفق من أن يستبعد بعضا من القواعد الإجرائية

---

(722) Amadio. M, op cit, p. 161.

المنصوص عليها في لائحة التوفيق للمركز الدولي "سيردي" أو حتى كلها إذا رأى في ذلك جدوى، ولكن شريطة أن يستشير طرفي النزاع في خصوص المسألة الإجرائية موضوع الإستبعاد. وهذه الإستشارة هي ما جاءت به المادة 28 من لائحة التوفيق للمركز (723). ولكن، على الموفق خلال هذه الإستشارة أن يأخذ في عين الإعتبار وجهات نظر طرفي النزاع في كل ما يتعلق بالمسائل الإجرائية الدقيقة، كتحديد اللغة أو اللغات التي سوف تستعمل أثناء عملية التوفيق وسير جلسات التوفيق والتصريحات الكتابية والأدلة ومواعيد التوفيق وكذا الإستماع إلى أي شخص عند الإقتضاء، ما عدا طرفي النزاع وتحرير محضر في ذلك إذا رأيا ذلك ضروريا.

ولكن الملاحظ، أنه بالرغم من الحرية المكفولة مبدئيا للموفق في أن يستبعد من القواعد ما يريد، فإن هذه الحرية تبقى مقيدة عندما تصبح خاضعة لاستشارة طرفي النزاع. بيد أنه خلافا للائحة " سيردي" السالفة الذكر، فإن الإتفاقيتين العربيتين لسنة 1980 وسنة 1971 قد خلت على الإطلاق من أي إشارة ولو طفيفة إلى من يحدد القواعد الإجرائية للتوفيق ولا إلى كيفية إجرائه. وإنما إكتفت فقط بالتأكيد على أن على " الأطراف تزويد الموفق بالبيانات والوثائق التي تساعده في أداء هذه المهمة" (724).

ويفسر هذا الفراغ على أن الممارسة التوفيقية بين الدول العربية المضيفة لإستثمار والمستثمرين العرب رعايا الدول العربية الأخرى بقيت ولا تزال ممارسة محتشمة إلى جانب هذا الإنتقاد الموجه أحيانا إلى التوفيق وإعتباره مجرد صيغة مصغرة للتحكيم Un mini arbitrage (725).

ولكن هذا الإنتقاد لا يمكن أن يحجب على الإطلاق عدم التركيز على التوفيق من جانب الإتفاقيات المتعددة الأطراف العربية وعدم إعطائه الأهمية، الأمر الذي يتناقض في الحقيقة والعناية التي ما أنفك العرب يولونها مثلما أكد عليه ذلك الأستاذ Derains

---

(723) تنص المادة 28 من لائحة التوفيق لمركز " سيردي" (الآلية الإضافية) على ما يلي: " بعد تكوين اللجنة (لجنة التوفيق)، يحاول رئيسها بقدر الإمكان أن يأخذ بعين الإعتبار رغبات الطرفين في خصوص المسائل الإجرائية".

(724) راجع المادة 3 فقرة 3 من ملحق الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار والمادة 1 فقرة 2 من الإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية، المرجع السابق.

(725) Hermann. G : op cit, p. 350.

للحلول التصالحية (726). ولا غرابة، إن قلنا أن الإتفاقيات العربية تؤكد بدرجة أعلى من إتفاقية واشنطن على الدور الذي من الممكن أن يلعبه التوفيق كوسيلة لفض النزاعات الناشئة عن الإستثمار لأنه حتى وهي تستعمل مصطلح تحكيم. فهذا التحكيم هو قريب جدا في العقلية العربية وفي الشريعة الإسلامية بالذات كمصطلح قرآني من مصطلح توفيق والتفويض في الصلح amiable composition (727).

و يرد عدم تعرض الإتفاقيات العربية إلى مسألة تحديد القواعد الإجرائية التوفيقية في نظر نفس الفقيه أيضا، إلى كون الأطراف العربية غالبا ما تجد نفسها في موقع المدعى عليها أكثر من موقعها كمدعية.

أما عن الإتفاقية المغاربية للتشجيع وضمان الإستثمارات بين بلدان الإتحاد المغرب العربي، فإنها لم تشر بصفة صريحة إلى النقطة المتعلقة بتحديد القواعد الإجرائية التوفيقية وإنما إكتفت بإحالة الأطراف إلى الإتفاقيات الجهوية والدولية المتخصصة. وهذا يعني أن إعتماد هذه الإتفاقيات هو إعتراف بالحلول التي جاءات بها هذه الإتفاقيات في خصوص المسألة الإجرائية.

ولكن، ومهما يكن من أمر، يبقى يشكل التوفيق في نظرنا أهمية خاصة نظرا للمرونة التي يتصف بها وخلوه من القضائية le juridictionnalisme اللصيق عادة بالتحكيم. ولكن، وعملية التوفيق تسير وفقا للقواعد الإجرائية المحددة لها، يمكن أن تتعثر ذلك أنه إذا كان مبدئيا يجري تحديد إجراءات التوفيق من قبل الموفق بالتعاون مع أطراف النزاع ومستعينا في ذلك بلائحة التوفيق للمركز الدولي " سيردي"، إلا أنه في التطبيق، عدة مشاكل تأتي لتحد من نجاعة إجراءاته وقد تهدد حتى بانهياره كاملا. وهذه العوائق يمكن حصرها كالتالي:

أولا: قد نشهد غيابا لا لبس فيه لإختيار الأطراف للقواعد الإجرائية للتوفيق. ففي هذه الحالة، فإن سلطة تحديد هذه القواعد تعود إلى الموفق قبل وحتى أثناء مباشرته للتوفيق.

---

(726) Derains. Y. « Clauses et procédure d'arbitrage international dans les pays arabes », in colloque Euro-arabe sur l'arbitrage dans les relations commerciales euro-arabes. Chambre de commerce euro-arabe, Sousse, 24-27 sept, 1983, p. 11

(727) والدليل على ذلك هو ما جاء في الآية الكريمة من سورة النساء لقوله تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله، وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا، يوفق ا بينهما. إن ا كان عليما خبيرا .." صدق ا العظيم.

ثانيا: قد يلجأ أحد الأطراف إلى التحكيم وهو ما زال في مرحلة التوفيق مستندا في ذلك إلى الصفة الإختيارية لمرحلة التوفيق ولتجاوز هذه العقبة، فقـد حصـرت إتفاقيـة " أم جي" إمكانية أن يلجأ أحد الأطراف إلى التحكيم، في مثل هذه الظروف ضمن حالات ثلاث:

- إذا لم يقدم الموفق تقريره في أجل 180 يوما إبتداء من تاريخ تعيينه.

- إذا لم يقبل الأطراف بعضا من المقترحات التي يحتويها التقرير خلال 60 يومـا مـن تسلمه.

- إذا كان بعد تبادل الرأي بين الموفق والأطراف في خصـوص التقريـر، ولـم يتفـق الأطراف على تسوية كل نقاط الخلاف خلال الستين يوما منذ إستيلامهما التقرير.

- إذا لم يبد أحد الأطراف رأيه في التقرير (728).

يبدو لنا أن المشاكل التي تثار على مستوى التوفيق والتي تعتري أحيانـا السـير العادي له، متأتية من كون الإتفاقيات المتعددة الأطراف وعلى رأسها إتفاقيتي " أم جـي" و"سيردي" والإتفاقيات العربية بالتبعية لا تجعل من التوفيق مرحلة إجبارية بـل مرحلـة إختيارية قبل اللجوء إلى التحكيم (729).

وهي سمة تطبع غالبية لوائح التوفيق للمؤسسات الدائمة، سـواء أكانـت دوليـة أو جهوية. بالإضافة إلى هذه الإمكانية الممنوحة من قبل إتفاقية سيول الدولية إلى أطـراف النزاع في أن يختاروا بين التوفيق أو التحكيم. إتفاقية واشنطن تمنح هي أيضا مثل هـذه المفاضلة ونفس الإمكانية نجدها أيضا في الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار، وبطريقة غير مباشرة في الإتفاقية المغاربية للتشجيع وضمان الإستثمار (730).

ولكن المشكل يبقى قائما ومن الممكن أن يهدد حتى مصير التوفيق، إذا تقـدم أحـد أطراف النزاع أثناء التوفيق بطلب لدى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة، سواء أكانـت دولية أو جهوية، يلتمس فيه الفصل في النزاع عن طريق التحكيم. فما إنعكاسات ذلك على

(728) راجع الملحق II، مادة 3 ج من إتفاقية " أم جي".

(729) راجع على سبيل المثال المادة 3- (أ) من الملحق II من إتفاقية " أم جي" والمادة 2-1 مـن الإتفاقيـة العربيـة المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار.

(730) راجع المادة 19 من الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمارات بين بلدان إتحاد المغرب العربي. المرجـع السابق.

الإجراء التوفيقي، هل يجب وقف العمل به أم مواصلة إستخدامه إلى حين الفصل في النزاع طبقا للائحة التحكيم المختارة ؟ يعتقد أغلب الفقهاء أنه إذا كان التوفيق كإجراء مسبق على التحكيم هو غير ملزم، فهو لا يمكن أن يطرح من الأساس مسألة الخيار بين هذا الأسلوب أو ذاك. وبمعنى آخر، التحكيم عوضا عن التوفيق ثم أنه حتى ولو إفترضنا أن مرحلة التوفيق هي إجبارية، فهي تبقى بالرغم من ذلك كله محدودة من حيث الممارسة. والدليل على ذلك، كما يشهد عليه أغلب الفقهاء، هو أن العديد من النزاعات إن لم نقل أغلبها على الإطلاق، هي نزاعات سويت عن طريق التحكيم وأطرافها لم يسعوا حتى إلى إدراج التوفيق في العقود الإستثمارية التي يبرمونها وحتى إعتبارها مرحلة يجب أن تسبق اللجوء إلى التحكيم (731).

ويتضح مما سبق ذكره، أنه حتى في حالة الإتفاق على إستعمال التوفيق كمرحلة مسبقة عن التحكيم، فيكفي أن يرفض أحد الأطراف مواصلة العمل بهذه الوسيلة وبالتالي اللجوء إلى التحكيم لتدخل عملية التوفيق برمتها في نفق مسدود. وهنا يطرح السؤال حول جدية اللجوء إلى التوفيق أصلا وأسباب فشله وهو لم يصل بعد إلى نتائج تذكر. نعتقد أن تعثر التوفيق أو فشله في النهاية، إنما يعود – حسب نظرنا – إلى إعتبارين إثنين، إما لعدم حياء الموفق. وبعبارة أخرى، إذا إنحاز الموفق لأطروحات أحد الأطراف على حساب الآخرين، أو لعدم وجود أي تعاون من جانب الأطراف (732).

وهو ما من شأنه أن تكون له إنعكاسات سيئة على العلاقات الإقتصادية بينهم. وإن كان هذا المبرر هو غير جدي ومرفوض من قبل الفقيه J.G. Wetter الذي يعتبر أن اللجوء إلى التوفيق يعني شيئا واحدا. وهو أن الأطراف أصبحوا غير قادرين على إيجاد حل لمشاكلهم أو أنهم لم يلقوا المساعدة من قبل مستشارين أكفاء (733).

---

(731) Voir à titre d'exemple, l'affaire Guadalupe Gas Corporation c/Gouvernement militaire fédéral du Nigéria, l'article XII de l'accord conclu entre les deux parties. L'affaire Benvenati et Bonfont SARL C/Gouvernement de la république du Congo, l'article 12 du protocole d'accord. L'affaire Amco, l'article IX de la demande d'établissement de P.T Amco Indonésia.

(732) Lionnet. K : « Arbitration and médiation. Alternatives of opposites », J.int. arb, 1987, Vol 4, n° 1, p. 73 .

(733) J.G. Wetter : « Dispute prévention méthodes – New Neans of Settling disputes », rapport présenté lors du 28ème congrès de la C.C.I à Stockholm le 17 juin 1984, J.int. Arb, 1984, pp. 10-11.

ولكن الإتفاقيات المتعددة الأطراف لا يقتصر دورها على وضع قواعـد تضـبط إجراءات التوفيق بل هي تمنح كامل السلطات للموفق حتى يقوم بمهمتـه أحسـن قيـام، مستندا في ذلك إلى مقتضيات الإتفاقية الواجبة التطبيق. وقد تكون هذه الأخيرة دوليـة أم إقليمية.

المبحث الثاني: سلطات الموفق.

في معنى السلطات، نقصد به هنا، الإختصاص المخول للموفق (المطلـب الأول) وكذلك المحاولات التي يقوم بها قصد تقريب وجهات النظر بين الدولة والمستثمر الأجنبي بشأن النزاع المطروح أمامه (المطلب الثاني) إلى جانب إعداده لتقرير يختم بـه المهمـة الملقاة على عاتقه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إختصاص الموفق

فبالنسبة لإختصاص الموفق تحديدا، تجدر الإشارة إلى أن المادة 40 فقرة 1 مـن لائحة التوفيق لإتفاقية سيول الدولية تنص على أن " اللجنة (لجنـة المـوفقين) محكومـة باختصاصها". وهو نفس المبدأ الذي أخذت به المادة 32 فقرة 1 من إتفاقيـة " سـيردي". مما يعني تأثر الأولى بالثانية. ومن النتائج المترتبة عن هذا المبدأ، هو تمتع الموفق بكامل السلطات للفصل في إختصاصه بكل حرية.

ولكن مقارنة بالإتفاقيتين الدوليتين، فتجدر الإشارة إلى أنه لا أثر لمبدأ "إختصاص – الإختصاص" لا في الإتفاقيتين العربيتين (لسنتي 1980 و1971) ولا حتى في الإتفاقية المغاربية لسنة 1990، بينما نفس المبدأ وجدناه مكرسا في الإتفاقية العربية لسنة 1974 المتعلقة بتسوية النزاعات بين الدول العربية المضيفة للإستثمار ورعايا الـدول العربيـة الأخرى.

نعتقد، أن عدم التنصيص على مبدأ "إختصاص – الإختصاص" فـي الإتفـاقيتين العربيتين الحاليتين هو تراجع غير مسبوق عن مبدأ ظل ولمدة لصيقا بالمفهوم الليبرالـي للإختصاص، وهو منح الموفق مثله مثل المحكم حرية تحديد إختصاصه قبل النظر فـي النزاع.

ولكن ماذا تعني قاعدة "إختصاص الإختصاص" وما هي النتائج القانونية التي مـن الممكن أن تترتب عن هذه القاعدة ؟ قبل كل شيء، تعني قاعدة "إختصاص الإختصاص"، منح الموفق حرية مطلقة من أجل النظر في صحة الإتفاق على التوفيق ونطاقه وحـدوده والذي على أساسه، سيحاول إيجاد أرضية وفاق بين طرفي النزاع ونحن نتكلم عن الدولة والمستثمر الأجنبي. وهكذا، فقد جاء في تقرير لمديري التنمية وإعادة الإعمار " أن رفض الأمين العام للمركز تسجيل عريضة في التوفيق يجب ألا يفسر بصفة تحررية، لأن ذلـك من شأنه أن يدفع إلى القول بأن هذا الرفض هو بمثابة تعد على صـلاحيات المـوفقين، بالنسبة لحقهم في تحديد إختصاصهم وحتى في تقرير ما إذا كان النزاع يدخل أم لا فـي إختصاص المركز" (734). ومثلما هو معمول به على مستوى التحكيم، فإنه يمكن للموفـق تبعا لذلك أن يتأكد من مجال إختصاصه والحد الذي يمكن أن ينتهي إليه هذا الإختصاص. وبمعنى آخر، مدى السلطات المخولة له بالنظر إلى ما أتفق عليه في إتفاقية التوفيـق. إلا أنه أحيانا يمكن أن يكون الموفق غير مختص للنظر في النزاع وذلك في حالتين: إمـا أن إتفاقية التوفيق باطلة أو أن المسألة المعروضة على الموفق تتعدى مجال التوفيق.

وبما أن هاتين الحالتين تجعلان من الموفق غير مختص، فـإن عـدم إختصـاص الموفق، في هذه الحالة يصبح يشكل تهديدا للتوفيق برمته وعائقا جديا يحول دون وضعه حيز التنفيذ، لأنه يكفي بأن يدفع أحد الطرفين، سواء الدولة أو المستثمر الأجنبي بـبطلان إتفاقية التوفيق مثلا، حتى يجبر الموفق على الإمتناع عن النظر في النـزاع المطـروح أمامه. ومن ثمة يتوقف التوفيق إلى حين النظر في مسألة إختصاص الموفـق باعتبارهـا مسألة أولية قبل الفصل في أي مسألة أخرى تتعلق بالموضوع. لأن إتفاقية التوفيق بقـدر ما هي تعبير عن إرادة الطرفين في الأخذ بالتوفيق كوسيلة ودية لحل نزاعهمـا المتعلـق بالإستثمار، فهي أيضا تعد تعبيرا عن رضاء الطرفين بتكليف الموفق بإستعمال التوفيـق والذي على أساسه يمكن له أن يباشر عمله كموفق، لأنه لا يمكن له أن يكون مختصا

---

(734) Voir rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, I.C.S.I. D/2, p. 13

بدون هذا التكليف (735). وعليه، فمبدأ "إختصاص – الإختصاص" يجب أن يكون مكرسا في إتفاقية التوفيق. أما، وقد قرر الطرفان بصريح العبارة expressément عدم العمل بمبدأ "إختصاص – الإختصاص"، فإن إرادتهما المشتركة يجب أن تحترم، لأننا إذا قسنا عمل الموفق بعمل المحكم، فالفقيه Motulsky. H كتب في هذه النقطة بالذات بقوله " إن المحكم لا يمكن أن يكون قاضيا إلا لأن الأطراف أرادوا ذلك فعلا" (736). ونحن نقول بكل تحفظ أن الموفق لا يمكن أن ينظر في مدى إختصاصه إلا إذا أراد الطرفان ذلك. ولكن حتى في هذه الحالة، فمثله مثل أي محكم في التحكيم الدولي، قبل الفصل في إختصاصه لا بد من أن يعمد إلى تفسير إتفاقية التحكيم أولا، وحتى ولو كان هذا التفسير لا يخلو هو أيضا من مشاكل. وإن كنا نعتقد أنه، في خصوص المحكم فسلطاته يطغى عليها الطابع القضائي، l'aspect juridictionnel بينما الموفق فهو لا يصدر قرارا وإنما يقترح حلا.

ولكن بالرغم من إعتراف الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية أم جهوية بمبدأ "إختصاص – الإختصاص" المكفول للموفق بوجه عام، فإن هذا المبدأ يمكن أن يكون محل إحتجاج من قبل أحد الطرفين في النزاع، فيدفع بعدم الإختصاص.

إن مثل هذا الدفع يثير عدة أسئلة من بينها: متى: وأمام أي جهة يمكن أن يثار هذا الدفع؟ ثم ماذا عن إنعكاساته على النقاط المتعلقة بموضوع النزاع؟ وبعبارة أخرى، هل يمكن للموفق أن ينظر إلى مسألة عدم الإختصاص باعتبارها مسألة أولية أو ضمها إلى المسائل التي تتعلق بالموضوع ؟ بادئ ذي بدأ، لا يمكن لأي أحد ونقصد به الآخر الذي ليس طرفا في النزاع أن يثير دفعا بعدم الإختصاص، ذلك أن المادة 40 فقرة 2 من إتفاقية " أم جي" تتحدث عن " الطرف المهتم" « La partie intéressée » وهذا الطرف لا يمكن أن يكون إلا الطرف في النزاع الذي له مصلحة في إثارة الدفع بعدم الإختصاص. وهذا الأخير، كما جاء في نفس المادة، يمكن له أن يدفع بعدم الإختصاص أمام الأمين العام للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، على أساس أن النزاع ليس من مشمولات لجنة الموفقين. يبقى أن نشير إلى أنه في جميع الحالات، يمكن للجنة وبمحض

---

(735) Voir Juris clas Commercial, Fasc. 216, p. 14.
(736) Ibid, p. 22.

إرادتها وفي أي مرحلة من مراحل التوفيق أن تنظر فيما إذا كان النزاع المطروح أمامها يدخل في إختصاصها أم لا. إلا أنه خارج هذه الحالة، لا يمكن لطرف في النزاع أن يدفع بعدم الإختصاص في أي وقت، ذلك أن المادة 40 من إتفاقية " أم جي" جاءت صريحة في هذه النقطة بالذات. لا يمكن للطرف في النزاع أن يدفع بعدم إختصاص لجنة التوفيـق إلا بعد تشكيل اللجنة أو أثناء إيداع التصريح الكتابي الأول بعدم الإختصاص أو أثناء الجلسة الأولى للجنة. من جهتها، تؤكد إتفاقية " سيردي" الدولية طبقا للمادة 32 منهـا علـى أن الدفع بعدم إختصاص لجنة التوفيق يجب أن يصدر عـن أحـد الأطـراف، أي بمفهـوم المخالفة لا يمكن أن يصدر عن الغير. وهي في ذلك تلتقي مع إتفاقية " أم جي". إلا أنـه بالنسبة للهيئة التي يمكن للطرف في النزاع أن يدفع أمامها بعدم الإختصاص، فقد سـكتت عنها إتفاقية " سيردي". ولكن بما أن الهيئة المدعوة للفصل في الدفع بعدم الإختصاص هي لجنة التوفيق، فإننا نعتقد أن اللجنة ذاتها هي التي يجب على الطرف في النزاع أن يثيـر أمامها الدفع بعدم الإختصاص نقطة أخرى لم تتطرق إليها إتفاقيـة " سـيردي" تتعلـق بالتوقيت. وبعبارة أخرى، متى يمكن لأحد الطرفين، الدولة أو المستثمر الأجنبي أن يدفع بعدم إختصاص لجنة التوفيق ؟ نعتقد أنه خلافا لإتفاقية " أم جي"، فـإن سـكوت إتفاقيـة " سيردي" على هذه النقطة بالذات، كان الهدف من ورائه إتاحة الفرصة للطرف الخصـم حتى يثير الدفع بعدم إختصاص اللجنة في أي مرحلة من مراحل التوفيق وإضفاء نوع من المرونة على هذا الدفع. أما في خصوص أسباب الإدعاء بعدم إختصاص لجنـة التوفيـق فإن الإتفاقيتين الدوليتين " أم جي" و " سيردي" تشيران إلى أنه يجب أن يقوم هذا الإدعاء على خروج النزاع من دائرة إختصاص لجنة التوفيق أو المركز (737). مع هذا الفـارق، وهو أن إتفاقية " سيردي" تضيف إلى السبب الذي ذكرناه " ... أي سبب آخر يتعلق باللجنة .." إن هذه العبارة لا يمكن أن تعني إلا شيئا واحدا، وهو أن أسبابا أخرى تتعلـق بلجنـة التوفيق يمكن التمسك بها و قد" يؤدي إلى عدم إختصاصها. وقد تعود هـذه الأسـباب – حسب إعتقادنا – بالإضافة إلى خروج النزاع عن نطاق الإختصاص المخـول لهـا إلـى أسباب تتعلق بتشكيلة اللجنة أو بالصفات الواجب توفرها في أعضائها.

(737) راجع في هذا المضمار المادة 40 من إتفاقية " أم جي" والمادة 32 من إتفاقية " سيردي" السابق ذكرها.

وبعبارة أخرى، إن كانت قد شكلت تشكيلا صحيحا أم لا أو غياب الإستقلالية لدى أحـد أعضائها وعدم حياده ونزاهته. إن عدم ذكر هذه الأسباب بشكل دقيق، قد يعود غالبا أيضا إلى تعدد هذه الأسباب في الواقع، الشيء الذي يصعب معه حصرها وحتى تعدادها.

أما عن الإتفاقيات العربية باعتبارها إتفاقيات جهوية، فلم تتعرض هذه الإتفاقيـات إلى مسألة عدم الإختصاص ولا إلى الأسباب التي يمكن أن تقوم عليها، بإستثناء إتفاقيـة 1974 التي منحت لأحد الطرفين فرصة إثارة الدفع الخاص بعـدم الإختصـاص بـدون التنصيص بصفة صريحة على الأسباب التي تتأسس عليه. أما الإتفاقية المغاربية فبإحالتها إلى الهيئات الدولية المتخصصة كخيار مفتوح لأحد الطرفين في النزاع، فهذا يعنـي فـي نظرنا، أن الحل المكرس من قبل هذه الهيئات هو الذي يجب الأخذ به. ولا أدل على ذلك – حسب إعتقادنا – في هذا المجال من إتفاقية " سيردي" الدولية التي نصت على مبدأ عدم الإختصاص كما جاءت على ذكر أهم الأسباب التي يقوم عليها هذا المبدأ.

ولكن السؤال يبقى مطروحا فيما إذا كان الدفع بعدم الإختصاص بعد مسألة شـكلية أم أنه يجب فحصه مع النقاط الموضـوعية ؟ تجمـع الإتفاقيتـان الـدوليتان " أم جـي" و" سيردي" على منح لجنة الموفقين سلطة إصدار قرار في خصوص ما إذا كـان يجـب معاملة الدفع بعدم الإختصاص كمسألة أولية أم فحصها كمسألة لهـا علاقـة بموضـوع النزاع.

وهذا يمكن أن يفسر على أن الفصل في هذا الدفع هو مرهون بالسلطة التقديريـة للموفق. إلا أن الميزة التي تتميز بها لائحة التوفيق للمركز الدولي " سيردي" فـي هـذا الإطار هو تأكيدها على الأثر الموقف للدفع بعدم إختصاص الموفق عندما تصـرح بأنـه " حال إثارة الدفع بعدم الإختصاص يتعلق بنزاع يكون قد أثير، فـإن الإجـراء المتعلـق بالموضوع يتوقف" (738) ولكن بدون أن تكون قد وضعت بين يدي الموفق معايير يسـتند إليها لتقدير ما إذا كان الدفع بعدم الإختصاص يدخل في إطار المسائل الأولية التي يجب

---

(738) راجع المادة 40-4 من لائحة التوفيق (الآلية الإضافية) للمركـز الـدولي لتسـوية للنزاعـات الناشـئة عـن الإستثمارات.

فحصها بمعزل عن النقاط المتعلقة بالموضوع أو يجب ربطها بهذه النقاط. ولكـن في جميع الحالات، يمكن للجنة التوفيق أن تفحص المسألة وتصدر قرارا في شأنها. وإما أن تفصل في الإختصاص بقرار أولي أو أن تضم الدفع بعدم الإختصاص إلى الموضوع وتفصل بقرار إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.

ولكن، بالرغم من تكريس مبدأ عدم الإختصاص من جانب الإتفـاقيتين الـدوليتين " أم جي" و " سيردي"، إلا أن الفقيه Amadio يرى أن (" الفحص القضائي" للـدفع بعـدم إختصاص الموفق لا يتماشى والمهمة الملقاة عليه). لا يمكن من جانبنا إلا أن نشاطر هذا الرأي، خاصة وأن المهمة التي يضطلع بها الموفق لا تحمل طابعا قضائيا وإنمـا طابعـا توفيقيا محضا. ذلك أن عمل الموفق يقوم أصلا على تقديم أرضية وفاق، ولا على الفصل في النزاع على الطريقة القضائية. أما عن النتائج المترتبة عن فحص عـدم إختصـاص الموفق، الملاحظ أنه خلافا لإتفاقية " سيردي" التي لم تتعرض مطلقا إلـى هـذه النقطـة بالذات، فإن إتفاقية " أم جي" تثير حالتين:

الحالة الأولى، وهي الحالة التي ترفض فيها اللجنة الدفع أو تضمه إلى المسائل المتعلقـة بالموضوع. وهنا، فإن النتيجة المترتبة عن هذا الرفض هو أن الإجراءات التي تنصـب على الموضوع يجب أن يعاد السير فيها. أما الحالة الثانية، فعندما تقرر اللجنة أن النزاع ليس من إختصاصها، ففي مثل هذه الظروف، فإن اللجنة يصبح من حقها الإعـلان عـن إقفال القضية. ولكن بالمقابل، يجب عليها أن تعد تقريرا تذكر فيه الأسباب التي إستدعتها إلى إتخاذ مثل هذا القرار.

المطلب الثاني: البحث عن حل وسط.

أولا وقبل كل شيء، يجب التذكير أنه مقارنة بالمفاوضات، فإن إحدى المزايا التي يتميز بها التوفيق هو أن الإقتراح يأتي من طرف ثالث محايد عوضا عن عرض يقدمـه أحد الطرفين للآخر.أما عن السلطات المخولة تقليديا للموفق، فهو محاولة تقريب وجهات النظر بين الطرفين ومحاولة دفعهما إلى حل يكون مقبولا. وهو ما نصت عليه المادة 34 من إتفاقية واشنطن. نفس الإتجاه كرسته الإتفاقيتان العربيتان، (المادة 3 فقرة 3 من ملحق الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار وكذلك المادة 1 فقـرة 2 مـن

الإتفاقية العربية الموحدة لنقل رؤوس الأموال العربية إلى البلدان العربيـة لسـنة 1980 وقبلها المادة 12 فقرة 2 من الإتفاقية العربية لسنة 1974). يجب على الموفق طبقا لهـذه الإتفاقيات أن يتصرف لا كوسيط بين طرفي النزاع، ولكن أن يعمل على البحث عن حل وسط بينهما وأن يعرض عليهما مقترحات تكون مقبولة من طرفهما. ولكن قبل ذلك، يجب عليه أن يلقي الضوء على نقاط الخلاف بين طرفي النزاع. وبمعنـى آخـر، أن يحـاول دراسة نقاط الخلاف قصد حصرها ومن ثمة تحديد طبيعتها. ولكن العمل الذي يقـوم بـه الموفق لا بد وأن يقوم على معلومات دقيقة يلتزم الطرفان بتقديمها إليه. ولهذا الغـرض، فقد ألزمت المادة 34 من إتفاقية واشنطن طرفي النزاع بالتعاون بحسن نيـة مـع لجنـة الموفقين " حتى يتسنى لها أن تقوم بوظيفتها". نفس الإلتزام بالتعاون أكدت عليـه أيضـا الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 عندما نصت في المادة 1-2 منها علـى أن" علـى الأطراف تزويده (الموفق) بالبيانات التي تساعده على النهوض بمهمته". إلا أنه يشـترط لنجاح الموفق في مهمته، وهو يسعى لتقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع ألا يأخـذ موقفا يكون شبيها بالحكم، بل يجب عليه أن يقترح على طرفي النزاع حلا وسـطا مـع سعيه الحثيث والمتواصل على الإبقاء على زخم الثقة التي يجب أن تظـل طيلـة فتـرة التوفيق بينهما. لأن القبول بالحل الوسطي هو مشروط بمناخ الثقة والتعاون اللذان يجـب أن يسودا بين طرفي النزاع (739).

من جهة أخرى، إن الوصول إلى حل مقبول، يمكن أن يحصل حتى قبـل نفاذ المدة الزمنية المحددة للموفق لأن الوصول إلى نتيجة ما يمكن أن يتم " في أي طـور من أطوار الإجراء التوفيقي" (740). كما يمكن للموفق معاودة هذا الإجـراء العديـد مـن المرات في الحدود التي تسمح به المدة الزمنية المخصصة للتوفيق إلى أن يصل بالطرفين إلى حل يقبلان به. إلا إذا رأى هو أو الوصول إلى إتفاق بينهما أضحى صعبا إن لم نقـل مستحيلا بالرغم من المحاولات العديدة التي قام بها.

(739) د. نبيل أحمد حلمي: التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام الطبعة الأولـى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص. 43.

(740) راجع المادة 34-1 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965 والمنشأة للمركز الدولي لتسـوية النزاعـات الناشـئة عـن الإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

إلا أن تقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع للوصول إلى حل يعتمد في الدرجة الأولى على إستقلالية وحياد الموفق حتى يقبل طرفا النزاع بالحل المقترح من قبله.

وبما أن محاولة تقريب وجهات النظر بين المتنازعين هي غير مؤسسة على القانون وإنما هي مجرد عرض إقتراح تصالحي يقوم بالأساس على العدل والإنصاف، فإن وظيفة الموفق شأنها شأن العمل التفاوضي، فهي لا تقوم على تعهد بتحقيق غاية وإنما الإلتزام فقط ببذل عناية. من جهة أخرى، تتميز وظيفة الموفق عن وظيفة المفاوض، ذلك أن الموفق في الحقيقة لا يعمل لصالح طرف على حساب طرف آخر خلافا للمفاوضات أين يمكن لأحد طرفي النزاع الإستعانة بطرف ثالث كمستشار قانوني.

وقد يأخذ هذا المستشار شكل شخص طبيعي أو معنوي ليقدم له المشورة القانونية في إطار المبادئ والأفكار التي يدافع ويؤمن بها المفاوض الطرف في النزاع والدليل على ذلك، أن جل الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر تؤكد على أن عمل الموفق يتمثل فقط في إبداء المقترحات التي من شأنها أن تؤدي إلى إيجاد حل للنزاع المطروح أمامه، وليس فرض تلك المقترحات على الطرفين. ولكون ما يعرضه الموفق لا يعدو أن يكون مجرد مقترحات لا أكثر، فلا يمكن البتة أن تكون لهذه المقترحات نفس القوة والقيمة القانونية لقرار تحكيمي صادر عن محكمة تحكيمية. وعليه، فلا يمكن تكييف وظيفة الموفق إلا على أساس أنها إلتزام ببذل عناية وليس إلتزاما بتحقيق غاية. وحتى تنجح الوظيفة المنوطة بالموفق، فمثلا يرخص الملحق II من إتفاقية " أم جي" للموفق بوضع القواعد التي سوف تنظم الإجراء التوفيقي والسعي للحصول على كل معلومة والإستماع إلى طرفي النزاع. والغاية من هذا الأسلوب، في الحقيقة، هو إشراك طرفي النزاع في عملية التوفيق، خاصة وأن المادة 3 (د) من نفس الملحق تؤكد أن على الأطراف أن " تتعاون بحسن نية مع الموفق، وخاصة تقديم كل معلومات ووثائق من شأنها أن تساعده على تأدية وظائفه".

وهو نفس الحرص وجدناه في المادة 3 فقرة 3 من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار وفي المادة 1 فقرة 2 من الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980. وهاتان المادتان تجعلان من تعاون الأطراف مع الموفق واجبا، عندما تنصان بصريح

العبارة على أنه من واجب الأطراف أن تقدم للموفق كل المعلومات والوثائق التي يمكـن أن تساعده في تأدية مهمته. وهذا الواجب هو ما يشبهه أحد الفقهاء بذاك الذي تمليه لجان التحقيق (741).

المطلب الثالث: تقرير الموفق.

تجدر الإشارة إلى أنه طبقا للمادة 34 من إتفاقية واشنطن الدولية، تقوم لجنة التوفيق بعد الإنتهاء من عملها بتحرير محضر تدون فيه نتيجة التوفيق التي توصلت إليها. سواء أكانت هذه النتيجة إيجابية أم سلبية. فإذا كانت النتيجة إيجابية، فهذا يعني أن الموفقين الذين تتشكل منهم اللجنة قد إنتهوا إلى حل وسط بين طرفي النزاع. إن من واجب اللجنة حسب إتفاقية واشنطن أن تدون في المحضر نقاط الخلاف بعد حصرها والمقترحات التي تكون قد توصلت اللجنة إلى حل بشأنها. أما إذا لاحظت اللجنة إستحالة الوصول إلى إتفاق بين طرفي النزاع في خصوص المقترحات المعروضة عليها، فإنها تسجل فشل الإجراء التوفيقي. في مثل هذه الحالة، فإنه من واجب اللجنة أن تذكر في المحضر أنها أخضعت النزاع إلى التوفيق إلا أنها لم تتوصل إلى حل بشأنه. أو في حالة أخرى، فيمكن لها مثلا أن تلاحظ، أنه بالرغم من المجهود التوفيقي التي قامت به، فإن هذا المجهود لم يؤدي إلى أي نتيجة لأن أحد الطرفين وبكل بساطة إما أنه رفض المقترحات التي عرضتها اللجنة عليه أو أنه لم يرغب في المشاركة أصلا في الإجراء التوفيقي.

من جهة أخرى، يجب أن تقوم اللجنة بتحرير التقرير. ولكـن وبشـهادة الفقيـه Amadio في خصوص التقرير بالذات، فليس هناك في الإتفاقية ما يدلنا. لا عن رسـميته ولا عن الكيفية التي يقع إعلام الطرفين المتنازعين به. وإن كان الجاري به العمـل هـو وضع التقرير بين الطرفين شخصيا، بعد أن يكون قد أستدعيا من قبل رئيس اللجنة (742).

---

(741) Nguyen. Q.D : « Les commissions de conciliation sont-elles aussi des commissions d'enquête? » R.G.D.I.P. 1967. N° 3, p. 565 et s.
(742) Amadio. M. op cit, p. 162.

أما بالنسبة للإتفاقية العربية لضمان الإستثمار، فإنها تكتفي بالتنصيص على وجوب أن يتضمن تقرير الموفق الوحيد " أوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسـ ويتها ومـ ا يكـ ون الأطراف قد قبلوه من حلول".

أما عن محتوى هذا التقرير، فشأنه شأن التقرير الذي تعده اللجنة طبقا لإتفاقية واشنطن، يكتفي الموفق في إطار الإتفاقية العربية بحصر النزاع وتدوين المقترحات التي حصل بشأنها إتفاق. أي أنه ليس بالضرورة أن يتفق الطرفان على جميعها. ذلك أن العبارة التي جاء بها نص المادة 3 فقرة 4 ."... وما يمكن الأطراف قد قبلوه من حلول". تفيد مما لا شك فيه أن الطرفين يمكن أن يتفقا على أجزاء أو جزء فقط من المقترحات التي يكون قد قدمها الموفق بدون أن يشمل هذا الإتفاق بالضرورة كل المقترحات. بمعنى آخر وأدق، يمكن أن يتفق الطرفان على بعض ويتركان البعض الآخر. وبالتالي، يصل الطرفان إلى نصف إتفاق أي إلى إتفاق جزئي وليس كليا. ويكون بذلك قد قطعا شوطا لا بأس به من أجل إيجاد حل نهائي للنزاع قبل مرحلة التحكيم.

ولكن ماذا عن الصفة الإلزامية للتقرير الذي عادة ما تكون لصيقة به، للتأكد من نجاعته ؟ بالرجوع إلى إتفاقية واشنطن لا نجد ما يدلنا على أن التقرير وبما يحتويه من مقترحات للحل هو ملزم إزاء الطرفين. نفس الملاحظة، يمكن أن نسوقها في خصوص الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار. ويعود غياب هذه الإلزامية إلى كون العمل التوفيقي الذي يقوم به الموفق ينتهي عند تقديم مقترحات للطرفين المتنازعين والتي لا تعدو أن تكون مجرد خطة للحل، قد يقبلان بها وقد يرفضانها. كما أنه من حقهما أن يناقشانها ولا سلطة للموفق عليهما، لا أثناء تقديمه للحل ولا حتى عند المناقشة. كما ليس للموفق أن يوجههما قصد التأثير فيهما من أجل إتخاذ موقف تجاه هذا المقترح أو ذاك. ذلك أن الموافقة على المقترحات أو رفضها يخضع للإرادة الحرة للطرفين المتنازعين. مع العلم، أنه في جميع الأحوال لا يمكن أن يخلو رد فعل الطرفين إزاء هذه المقترحات من حسابات كل طرف إزاء الآخر وعليه، والحالة تلك لا يمكن أن نتكلم عن إلزامية التقرير، ما دام قبوله أو عدم قبوله جملة أو تفصيلا هو معقود ومرهون بإرادة الطرفين الحرة. ومن جهة أخرى، وللتدليل على عدم إلزامية التقرير هو أنه يمنع على

أي من الطرفين، سواء أكان الدولة أو المستثمر الأجنبي أن يتمسك به أمام محكمة التحكيم أو قضاء رسمي آخر فيما يكونان قد توصلا إليه من إتفاق بشأنه (743). باعتبار أن هيئة التحكيم هي هيئة مستقلة عن التوفيق، ولا يحق لها الرجوع إلى ما أبداه الطرفان من آراء وملاحظات في التقرير أو الإعتماد عليه كوثيقة للفصل في النزاع ولا حتى الدفع بعدم تنفيذه أو إستعماله من قبل أحد الطرفين ضد الآخر كوسيلة دفاع أمام المحكمة التحكيمية. وعلاوة على كل ما ذكرناه، فلا يمكن أيضا أن يعتبر التقرير ملزما حتى وإن قبل به أحد الطرفين إذا لم يقبل به الآخر. ولكن، ومهما يكن من أمر، فهل أن الموفق يجب أن يعتمد على الإرادات الحسنة من أجل إكساء نوع من الفعالية على نتائج عملية التوفيق، وبمعنى آخر أن يحرص أن يكون أقل شكلية أو أنه يجب عليه أن يكون أكثر سلطوية للقول بأنه نجح في مأموريته ؟ يرى الأستاذ P. Bellet أن التوفيق إنما يقدم أيضا حلا بسيكولوجيا ونخطأ إذا لم نأخذ بعين الإعتبار هذا الجانب (744).

وهكذا يفهم من هذا القول، أن الشكلية والسلطوية لا طائل منها في عمل الموفق الذي يجب عليه أن يأخذ في الحسبان نفسية الآخر، الطرف في النزاع وهو يتعامل معه.

ويعد التوفيق قد فشل من جهة أخرى، " إذا لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة أو إذا لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة في التقرير". في هـذه الحالة يكتفي الموفق بتسجيل عدم إتفاق الطرفين على الحلول التي عرضها عليهما أو أن يعلن هو، إستحالة الوصول إلى حل معهما، إما لوجود تباعد في وجهات النظر بينهما أو لرفض أحدهما الإستجابة للمقترحات المعروضة عليه أو حتى لمجرد عدم مشاركة أحدهما في إجراءات التوفيق، - مثلما عرضنا سابقا – وبالتالي الوصول بالتوفيق في مثـل هـذه الوضعية إلى طريق مسدود قبل حتى أن يبدأ. وقد يحاول أحد الطرفين إتهام الآخر بسوء النية. ولكن وفي جميع هذه الحالات، لن يبقى أمامهما إلا الذهاب مباشرة إلـى التحكـيم بإعتباره الوسيلة البديلة عن التوفيق.

(743) راجع المادة 35 من إتفاقية واشنطن، المرجع السابق.

(744) Bellet. P : « les conciliateurs en France », in les conciliateurs, la conciliation, une étude comparée, Economica, 1983, p. 37 et s.

الباب الثاني: التسويـة القضائيـة

تكرس الإتفاقيات المتعددة الأطراف طريقتين للتسوية القضائية. اللجوء إلى التحكيم باعتباره قضاء خاصا (الفصل الأول)، أو اللجوء إلى القاضي (الفصل الثاني).

الفصل الأول: التحكيم.

بالنسبة لهذه الوسيلة القضائية الخاصة، سوف نحـاول أن نسـتعرض محطتـين. المحطة الأولى كيفية تنظيم هذا التحكيم (المبحث الأول). ثم في مرحلة بعدية، كيفية سير هذا التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تنظيم التحكيم.

إذا كان التحكيم كطريقة لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار قـد بـدأت فـي الإنتشار والتوسع، فلأن ذلك يعود إلى إنظمام أطراف النزاع بصفة طوعيـة إلـى هـذه الطريقة التي تتميز بالمرونة والسرية، بعيدا عن تعقيدات القضاء الرسمي للدولة. ولكن لا زال القبول بالتحكيم يشكل حجز الزاوية في تنظيم التحكيم (المطلب الأول) قبل المـرور إلى مرحلة التأسيس لمحكمة تحكيمية كهيئة مسـتقلة، وظيفتهـا الفصـل فـي النـزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرضاء بالتحكيم

إن القبول بالتحكيم قد يأخذ شكل مصادقة على الإتفاقية المنظمة للتحكيم في النزاع الذي يربط بين الدولة والمستثمر الأجنبي. ولكن، هل تكفي هذه المصادقة للقول بأن الدولة هي ملتزمة باللجوء إلى التحكيم ؟ ثم ماذا عن محتوى هذا الرضاء ؟ وهل يمكن أن يكون رضاء قطعيا لا يمكن التراجع عنه ؟ إن اللجوء إلى التحكيم فـي الإتفاقيـات المتعـددة الأطراف يعتمد بالأساس على الإنضمام الطوعي للأطراف إلى التحكيم. فطبقا مثلا للمادة 25 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن، يعد عنصر الرضاء شرطا جوهريا حتى يكون المركـز مختصا للنظر في النزاع المطروح أمامه. إلا أنه خارج مبدأ قبول الطرفين المتنـازعين، الدولة والمستثمر الأجنبي بإخضاع نزاعهما لإختصاص المركز، فالرضاء الذي تشترطه الإتفاقية، يمكن أن يأخذ شكل رضاء أحادي من جانب الدولة. بمعنى، أن تكـون الدولـة الطرف في النزاع قد صادقت من قبل على معاهدة واشنطن، أو أن تكون قـد وضـعت

تشريعا داخليا يعترف بالتحكيم، أو أنها تكون قد أبرمت إتفاقية ثنائية للتشـجيع والحمايـة المتبادلة للإستثمار تنص فيها على إلتزامها المطلق والأحادي باللجوء إلى التحكيم. ولكـن في النهاية، هل أن الدولة تعد بذلك ملزمة به إزاء المستثمر الأجنبـي ؟ فـي خصـوص التشريعات الداخلية للدولة المضيفة، يعد التنصيص على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار صلب هذه التشريعات من باب تطمين المسـتثمر الأجنبي أينما كان والبحث عن تعبئة طاقات مالية عبر وطنية من أجـل تحقيـق التنميـة الوطنية المنشودة. ثم ليس مستغربا أن يسعى المستثمر من جانبه إلـى فـرض التحكـيم كوسيلة لفض نزاعه مع الدولة. لأنه في النهاية وفي جميع الحالات، فهو يعتقد أن المحاكم الوطنية لا يمكن أن تستجيب لما ينتظره، أو أن تكـون علـى الأقـل علـى قـدر مـن الحياد (745) . والأمثلة في الحقيقة في هذا الباب عديدة. يكفينا أن نذكر بالمـادة 17 مـن قانون تطوير الإستثمار التي تنص على إمكانية اللجوء إلـى التحكـيم طبقـا للإتفاقيـات المتعددة الأطراف مثل، إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي " سيردي".

أما عن رضاء الدولة الأحادي بالتحكيم في إطار الإتفاقيات الثنائية المبرمـة مـن قبلها، فيمكن ذلك مثلا من خلال إخضاع نزاعها ضد المستثمر الأجنبي إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، بشرط أن تكون الدولة الوطنية لهذا الأخير قد صادقت على إتفاقية واشنطن. لقد سبق وأن أشرنا إلى هذه الإتفاقيات في الجزء الـذي خصصناه للإتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار. وهذه الإتفاقيـات إنمـا تشكل اليوم إحدى الأدوات القانونية للرضاء الإنفرادي للدولة المضيفة للإستثمار. ولكـن السؤال يظل مطروحا وهو: هل أن التنصيص على التحكيم، سواء عن طريق التشريعات الداخلية للدولة المضيفة، أو عن طريق إبرامها للإتفاقيات الثنائيـة للتشـجيع والحمايـة المتبادلة للإستثمار مع دول أخرى، يعد إلتزاما به من قبلها إزاء المستثمر ؟ في الحقيقـة، هناك رأيان للفقه في هذا الموضوع، رأي يساند فكـرة الإلتـزام بـالتحكيم ورأي آخـر لا يأخذ بهذه الفكرة. بالنسبة للموقف المساند وهو موقف نجده لدى كل من الفقيهين

(745) Fouchard, Ph : « Les garanties juridiques accordées aux investisseurs étrangers en Tunisie », R.T.D. 1977. 1, p. 28.

Delamme و Kovar ومفاده، أن لجوء الدولة المضيفة للإستثمار لتحكيم المركز الدولي "سيردي" والإعلان عنه في صلب تشريعاتها الداخلية أو في إطار الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها مع دول أخرى، يمكن إعتباره كعرض تترتب عنه كل الآثار القانونية اللصيقة به، بشرط أن يقبله المستثمر وهذا القبول يمكن أن يكون إبان إبرام عقد للإستثمار أو بعده (746). لا شك، أن هذا الموقف الإيجابي لفكرة الإلتزام الأحادي للدولة المضيفة بتحكيم المركز الدولي " سيردي" قد تأسس بصفة خاصة على تقرير مديري البنك الدولي الذي يؤكد في فقرته 24 على أنه " يمكن للدولة المضيفة للإستثمار أن تعرض في تشريعها المتعلق بترقية الإستثمارات إمكانية إخضاع النزاعات المتعلقة ببعض أنواع من الإستثمارات إلى إختصاص المركز. كما يمكن للمستثمر أن يعبر عن رضائه بهذا العرض من خلال قبوله به كتابيا" (747).

ولكن حتى وإن كان هذا الموقف الإيجابي هو مؤسس، إلا أنه يبقى معرضا للنقد. ولهذا الغرض، فالطرح الذي يقدمه الإتجاه المقابل المبني على تفسير ضيق للمادة 25 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن، فهو ينفي أي أثر قانوني للقبول الأحادي للدولة المضيفة لتحكيم " سيردي" لسبب وحيد، وهو ما جاء على سبيل الحصر في صلب المادة 25 فقرة 1 التي تنص على أن القبول باختصاص المركز الدولي " سيردي" يجب أن يكون في شكل كتابي. ومعنى ذلك، أن القبول بهذا التحكيم يجب أن يكون مباشرا وأكيدا، لأن مثل هذا القبول لا يمكن أن يتحول إلى مجرد قرينة بمجرد أن الدولة المضيفة قد نصت على التحكيم في تشريعها الداخلي أو هو موجود في صلب إتفاقية ثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار. ومن ثمة، فيعتقد أصحاب الطرح المقابل أن رضاء الدولة بالتحكيم يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا، لأن القبول بالتحكيم هو حق من حقوق السيادة الذي تملكه الدولة بدون منازع (748). وهو يظل أيضا مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام الذي

---

(746) Delume. R : « La pratique du C.I.R.D.I », in Clunet. 1982, p. 786.
(747) Kovar R, « La compétence du C.I.R.D.I », in Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées CREDIMI. Paris, 1969, p. 44.
(748) Voir dans ce sens, la thèse de l'Etat d'Indonésie dans l'instance CIRDI introduite par Amco-Asia, in chronique CIRDI, par M.E. Gaillard, Clunet, 1986, pp. 228-229.

كرسته محكمة العدل الدولية منذ سنة 1929. فقد قررت هذه المحكمة آنذاك أن الحد مـن الحقوق اللصيقة بسيادة الدولة لا يمكن إفتراضـه ne peut se présumer (749) . مـن جهـة أخرى، يعتبر رضاء الدولة بالتحكيم تخل من جانب هذه الأخيرة على أن يفصل النـزاع من قبل محاكمها. إلا أن التخلي عن هذه الحصانة القضائية يجب أن يكون واضـحا ولا لبس فيه. وفي هذا المضمار، تجدر الإشارة إلى أن المادة 25 فقرة 1 وفقـرة 4 جـاءت لتؤكد على الصفة الصريحة للرضاء. من جهتنا، لا يمكن إلا أن ننضم إلى الطرح الـذي يقول، بأن الرضاء بتحكيم المركز الدولي لا يمكن أن يكون إلا رضاء مبـدئيا ولا لـبس فيه. وإن كنا أيضا، ننظر إلى هذه المسألة بحذر لأنه يجب أيضا الأخذ بعين الإعتبار في تفسيرنا لمبدأ اللجوء إلى التحكيم ما يريـده الطرفـان L'attente légitime des parties. إنـه التوجه الذي أخذت به هيئة التحكيم للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار " سيردي" في قضية Amco- Asia ضد/ أندونيسيا عندما قرر المحكمون في هذه القضـية وبصريح العبارة على أن " إتفاقية التحكيم وكأي إتفاقية أخرى لا يمكن أن تفسـر بصـفة ضيقة أو تحررية أو بصفة ليبيرالية، وإنما يجب أن تفسر بشكل يؤدي إلى إحترام النيـة المشتركة للطرفين" (750).

إن مثل هذه الطريقة في التفسير ليست إلا تطبيقا لمبدأ أساسي ألا هـو أن العقـد شريعة المتعاقدين. وهو المبدأ الذي تشترك فيه في الحقيقة كل الأنظمـة، سـواء أكانـت أنظمة القانون الداخلي أو الدولي. ولكن السؤال يبقى مطروحا بالنسبة للمادة 17 من قانون تطوير الإستثمار. هل يمكن أن تشكل هذه المادة من هذا القانون ترجمة لقبـول الدولـة الأحادي بالتحكيم من خلال تشريعها الداخلي ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال لن تكون في رأينا سهلة. بادئ ذي بدأ، يجب أن نـذكر بأن المادة 17 تضـع أمـام المسـتثمر الأجنبـي خيـارين بالنسـبة لطـرق التسـوية المتعلقة بالإستثمارات. الخيار الأول، وهو أن يختار المستثمر التحكيم في إطار ما يسمى

---

(749) C.P.J.I, Emprunts Serbes, 1929, Série A. n° 1242, pp 38-39. Aussi, dans le même sens, la sentence rendue par C.C.I le 24 mars 1982 dans l'affaire Aminoil , Clunet 1982, p. 895.
(750) Voir chronique des sentences CIRDI, par E. Gaillard, Clunet 1986, p. 207.

بالإتفاقيات الثنائية للإستثمار والتي تكون الدولة قد أبرمتها مع دول أخرى. أما الخيار الثاني، فيتعلق بالتحكيم في إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف ومن بينها طبعا إتفاقية واشنطن. هل أن العرض الذي قدمته المادة 17 المذكورة أعلاه يعد إلتزاما من قبل الدولة بتحكيم " سيردي" الأكثر إستعمالا مقارنة إذا شئنا بأي تحكيم آخر تنظمه إتفاقيات متعددة الأطراف، كالإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 أو الإتفاقية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار لسنة 1971 أو الإتفاقية المغاربية لسنة 1991 ؟ نعتقد من وجهة نظرنا، أن المادة 17 لا تعد ترجمة فعلية للإلتزام الأحادي للدولة بالتحكيم في إتفاقية واشنطن أو غيرها من الإتفاقيات المتعددة الأطراف، أولا: لأن المادة 17 لا تنص صراحة على تحكيم المركز الدولي " سيردي" قطعا وحصرا وإنما هي تعرض خيارا بين طريقتين للتسوية، أي أنه في حال إختيار التحكيم، فإن ذلك لا بد وأن يتجسد عن طريق شرط تحكيمي صريح. ثانيا: لا يمكن أن نتكلم عن إلتزام آلي للدولة في لجوئها إلى التحكيم، حتى وإن كان التحكيم المقصود هنا، هو تحكيم " سيردي" لأن اللجوء إلى هذا التحكيم يعد من بين الوسائل المتاحة للتسوية وليست الوحيدة. وبالتالي، الإفتراض سلفا، أنه بمجرد الإشارة إلى التحكيم في إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف معناه إلتزام من طرف واحد بالتحكيم، فهذا يعتبر مخالفا لما جاءت به المادة 25 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن التي تشترط رضاء كتابيا خاصا يعبر عن إلتزام خاص من جانب الدولة، لا مجرد الإعلان عنه من خلال المادة 17 من القانون المتعلق بتطوير الإستثمار. ولكن ماذا لو لجئنا إلى ما يسمى نية المشرع لإستجلاء للإلتزام الأحادي للدولة بالتحكيم. حتى في هذه الحالة، فلا نعتقد أن المادة 17 تكفي للقول بأن هنالك إلتزام للدولة بالتحكيم. وعليه، فالمادة السالفة الذكر لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعبر عن إلتزام أحادي للدولة باختصاص المركز الدولي " سيردي" لأنه بالرجوع إلى العقود التي أبرمتها الدولة مع المستثمرين الأجانب، فإن إدراج شرط يتعلق بتحكيم " سيردي" أو بتحكيم غرفة التجارة الدولية على وجه الخصوص، يبقى في جميع الحالات ضروريا.

أما على مستوى الإجتهاد التحكيمي، فلا يسعنا إلا أن نذكر بالقضية الشهيرة التـي جمعت شركة Southern Pacific Properties (S.P.P) والدولة المصرية (751). يتعلق الأمر في هذه القضية بعقد إستثماري أبرم بين شركة S.P.P وجمهورية مصر العربية لغرض بنـاء مجمعات سياحية. ويندرج هذا العقد في إطار قانون 74/43 المتعلق بالإستثمارات العربية والأجنبية في مصر. إلا أن المشروع لم ينجز لعدة أسباب، من بينها ضغط الرأي العام.

على إثر ذلك، شهدت القضية متابعة الدولة المصرية من طرف شركة S.P.P أمـام الغرفة الدولية للتجارة التي أصدرت قرارا تحكيميا أدانت فيه الدولة المصرية (752). إلا أن هذا القرار قد أبطل من طرف محكمة الإستئناف بباريس (753). وهو القرار الـذي أيدتـه محكمة النقض فيما بعد (754). وقد أرتكز إبطال القرار التحكيمي على غياب شرط تحكيمي بين شركة S.P.P والدولة المصرية. ولما كان القرار قد أبطل لعدم إختصـاص المحكمـة التحكيمية، فقد قاضت شركة S.P.P من جديد الدولة المصرية. ولكن هذه المرة ليس أمـام الغرفة الدولية للتجارة ولكن أمام هيئة التحكيم لمركز " سيردي" حيث دفعت أمـام هـذه الهيئة بأن جمهورية مصر العربية هي ملتزمة برضائها الأحادي الجانب والمعبر عنه في تشريعها الداخلي وبخاصة من خلال القانون رقم 74/43 الذي جاء في إحدى مواده وهي المادة 8 فقرة 1 أن " الإحتجاجات المتعلقة بالإستثمار والخاصة بتنفيـذ مقتضـيات هـذا القانون تسوى بالطريقة المتفق عليها مع المستثمر أو في إطار الإتفاقيات السارية المفعول بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر وأيضا في إطار الإتفاقية المتعلقـة بتسـوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي إنضمت إليها جمهورية مصر العربية بمقتضى قانون رقم 90 لسنة 1971 وهذا في الحالة التي تكـون فيها هذه الإتفاقية واجبة التطبيق" وقد ردت الدولة المصرية على هذا الدفع ملتمسة عـدم إختصاص المركز للنظر في القضية أولا. ثم لكون المادة 8 فقرة 1 المثارة من طرف

---

(751) Sur l'ensemble de cette affaire, voir : Le Boulanger. P : « Etat politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des pyramides », in Rev.arb. 1986, p. 1 et s.
(752) Sentence C.C.I rendu le 06.02.1983, in Rev.arb. 1986, p. 105.
(753) Paris, 12 juillet 1984, Rev.arb. 1986, p. 136.
(754) Cass. 6 janvier, Clunet 1987 n° 3, p. 638.

الخصيمة شركة S.P.P لا يمكن الإعتداد بها لأنها لا يمكن أن تعبر عن رضـاء الدولـة المصرية من جانب واحد بتحكيم "سيردي"، لأن الرضاء بهذا التحكيم في معنى المادة 25 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن يجب أن يكون كتابيا. مؤكدة على أن المادة السالفة الذكر مـن القانون المذكور لا يمكن أن تشكل إلا وعدا بسيطا une simple promesse حول إسـتعمال عدة وسائل للتسوية من بينها، تحكيم المركز الدولي. إلا أن هاتين الوسيلتين الدفاعيتين لم تفلحا في إقناع المحكمة التحكيمية. ففي خصوص ما أثارته الدولة المصرية في إدعاء لها بخصوص عدم إختصاص المحكمة، فقد أجابت هذه الأخيرة على هذا الدفع بقولها: " أن الأعمال القانونية لا يمكن أن تفسر بصفة ضيقة أو تحررية للقول بأن المحكمة هي غيـر مختصة". أما عن المادة 8 فقرة 1 من القانون 74/43، فقد عقبت عليه المحكمة معتبـرة أن المادة السالفة الذكر لها طابع إلزامي، للتأكيد على وجود إلتزام أحادي من جانب الدولة المصرية بتحكيم " سيردي". من وجهة نظرنا، لا يمكن أن تشكل مسألة الرضاء الأحادي للدولة من خلال تشريعها الوطني قاعدة عامة، بل يجب دراسة رضاء الدولة حالة بحالة. وإن جاز إعتماد التشريع الوطني للقول بأن هناك إلتزام من قبل الدولة بهـذا التحكـيم أو ذاك، فيجب أخذه بحذر. بمعنى آخر، يجب أن يفسر ذلك القانون تفسيرا ضيقا مع الأخـذ بعين الإعتبار الظروف المحيطة بكل قضية.

أما إذا رأينا مسألة الرضاء بالتحكيم من زاويـة الإتفاقيـات العربيـة باعتبارهـا إتفاقيات جهوية، فهي تختلف من إتفاقية إلى أخرى. فإذا كان رضاء الدولة في الإتفاقيـة العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار يتحقق بصفة آلية بمجرد إنضمام الدولـة لهذه الإتفاقية، فإن رضاء الدولة في الإتفاقية العربية الموحـدة لسـنة 1980 لا بـد وأن يتجسد عن طريق إتفاق على التحكيم un accord sur l'arbitrage والدليل على ذلك، ما جـاء في المادة 2 فقرة 1 من ملحق الإتفاقية العربية الموحدة: " إذا لم يتفـق الطرفـان علـى اللجوء إلى التوفيق ... جاز للطرفين الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم". وبمعنى آخـر، أن رضاء الطرفين في النزاع هو ضروري بالرغم من إنضمام الدولة لهذه الإتفاقية. وهـذا الرضاء يمكن التعبير عنه إبان التفاوض على العقد أو بعده، أي عند تشوب النزاع مـن

خلال وضع إتفاق للتحكيم un compromis d'arbitrage ينص على أن مثل هذا النزاع سـوف يسوى طبقا للقواعد المنصوص عليها في الإتفاقية المذكورة (755).

ولكن، ومهما إختلفت أشكال القبول الأحادي للدولة بالتحكيم، فلا بد في النهايـة أن يأخذ هذا القبول في معناه الضيق شكلا كتابيا. وهو شرط يعد ضـروريا بالنسـبة لمبـدأ القبول بالتحكيم، سواء في إطار إتفاقية واشنطن الدولية أو في إطار الإتفاقيـات العربيـة والمغاربية مثلما سنرى فيما بعد.

بالنسبة لإتفاقية واشنطن مثلا، فإنه طبقا لمادة 25 فقرة 1 تعد الكتابة شرطا لا بـد منه لتجسيد الرضاء بالتحكيم لأنه لا توجد قرينة للرضاء (756) - كما أكدنا سـلفا -. ثـم لتفادي قدر الإمكان أي إحتجاج لاحق يتعلق بإلتزام أحد الطرفين بالتحكيم. بالإضافة إلـى كون هذه الشكلية، إنما تقتضيها ضرورات الأمن القانوني nécessités de sécurité juridique. هذا من حيث المبدأ، إلا أن الملفت للإنتباه. هو أن إتفاقية واشنطن مع تأكيـدها المعلـن والصريح على وجوب أن يكون الرضاء بالتحكيم مكتوبا، فهي لم تتكلم عـن الشـكل أو الأشكال التي يمكن أن يأخذه هذا الكتب. وهي بذلك تختلف عن سابقاتها مـن الإتفاقيـات الدولية مثل إتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 المتعلقة بـالإعتراف وتنفيـذ القرارات التحكيمية الأجنبية وكذلك الإتفاقية الأروبية حول التحكيم التجاري الدولي التـي ظهرت للوجود في 21 أفريل سنة 1961، واللتان تنصان على أن الرضاء بالتحكيم يجب أن يأخذ شكلا كتابيا. بمعنى، أنه يمكن أن يكون في شكل شرط تحكيمي أو أن يدرج فـي تبادل للرسائل أو التليغراف بين الطرفين. ولكن سكوت إتفاقية واشنطن عن الشكل الـذي من الممكن أن يأخذه الرضاء بالتحكيم لا ينزع عن هذه الإتفاقية طابعها المرن، ذلك أنـه غالبا ما يعتبر التليغراف أو أي وسيلة أخرى للإتصال شبيهة بالرضـاء المكتـوب فـي صيغته التعاقدية المعهودة (شرط تحكيمي أو إتفاق على التحكيم clause compromissoire ou compromis) أما عمليا، فإن الرضاء بالتحكيم غالبا ما يأخذ شكل شرط تحكيمي يكون

---

(755) Horchani. F, L'investissement inter-arabe … op cit, p. 373.
(756) Kovar, p : op cit, p. 48.

مدرجا في عقد للإستثمار والذي على أساسه يلتزم الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي بعرض نزاعهما المتعلق بالإستثمار على المركز (757).

أما عربيا، وتحديدا بالنسبة للإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 فهي لا تختلف من حيث المبدأ عن إتفاقية واشنطن الدولية ذلك أنها هي أيضا تعتمد الشكل الكتابي للرضاء بالتحكيم. وعليه، فيمكن أن يأخذ هذا الرضاء شكل شرط تحكيمي أثناء المفاوضات أو شكل إتفاق على التحكيم بعد نشوب النزاع. أما عن الإتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بضمان الإستثمارات، سواء أكانت على مستوى الإتفاقية الدولية "أم جي" أو على مستوى الإتفاقية العربية لسنة 1971 المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار أو حتى على مستوى الإتفاقية المغاربية، فكل هذه الإتفاقيات تؤكد على الشكل الكتابي للقبول باللجوء إلى التحكيم. فمثلا، تبني إتفاقية " أم جي" طبقا لملحقها الثاني للائحة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات " سيردي" هو تبنيها بطريقة غير مباشرة للشكل الكتابي للرضاء بالتحكيم الذي نصت عليه هذه اللائحة. بالنسبة للإتفاقية العربية لضمان الإستثمار يعتمد قبول الوكالة العربية والمستثمر العربي بالتحكيم على الرابطة التعاقدية. ومن ثمة، فإن قبولهما هذا يتجسد من خلال إمضائهما لعقد تأمين على الإستثمار، الذي يجب طبقا للمادة 36 من الإتفاقية أن يتضمن طريقة لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الوكالة والمستثمر المعني. أما في علاقة الدولة بالوكالة بصفتها خلفا للمستثمر، فقبولها يتحقق – كما ذكرنا – آليا من خلال إنضمامها للإتفاقية (758). وإن كنا نعتقد، أن مصادقة الدولة في حد ذاته في شكلها الكتابي في المعنى الواسع لكلمة كتب، يمكن أن تشكل قاعدة لإحتجاج الوكالة ضد الدولة العربية المضيفة في نزاعها معها وهي التي حلت محل المستثمر. أما إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 فكانت صريحة عندما نصت على وجوب أن يكون القبول بالتحكيم كتابيا، حيث جاء في إحدى أحكام المادة 37 منها على أنه من بين الشروط الشكلية للإعتراف وتنفيذ حكم من أحكام التحكيم، هو أنه على طالب التنفيذ أن يقدم صورة معتمدة من

---

(757) Voir par exemple les clauses modèles publiées par le Centre, in Clunet, 1981, p. 964.
(758) Horchani. F : op cit, p. 372.

الإتفاق المكتوب إن وجد، باللجوء إلى التحكيم لحسم الخلاف. وطبعا، هذا في حالة وجود شرط تحكيمي. أما في حالة الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم، فإنه يشترط عندئذ إلى جانب هذا الإتفاق تقديم صورة من العقد الأصلي.

أما الإتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع وضمان الإستثمارات فيما بين دول إتحـاد المغرب العربي، وبخصوص الشكل الذي يجب أن يكون عليه القبول بالتحكيم، فهي تشير – كما أبرزنا سلفا – إلى ثلاث مرجعات، الهيئة القضائية للإتحاد المغاربي وإلى محكمـة الإستثمار العربية المنشأة طبقا للإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار الرساميل العربية فـي البلدان العربية أو إلى هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة في تسـوية النزاعـات المتعلقة بالإستثمار طبقا للإتفاقيات التي تنظمها والتي تكون قد صادقت عليها الأطـراف المتعاقدة. مما يعني، أن شكل القبول بالتحكيم هو الشكل الذي تنص عليه هذه الإتفاقيـات. وهي في مجموعها – كما ذكرنا – تتفق على أن يكون هذا القبول في شكل مكتـوب. أي، أنه يمكن أن يأخذ إما شكل شرط تحكيمي أو شكل إتفاق تحكيمي مستقل يبرمه الطرفـان، الدولة والمستثمر الأجنبي بعد نشوب النزاع. وهذا يعني أن تكريس الإتفاقيـة المغاربيـة للحلول التي جاءت بها الإتفاقيات العربية والدولية المتخصصة في هذا الباب هـو دليـل قاطع على أنه لا يجوز للطرفين أن يتفقا على التحكيم في شكل خطابات أو برقيات متبادلة فيما بينهما غير الرضاء المكتوب. وهو نفس الإتجاه الذي وجدناه أيضـا فـي الإتفاقيـة المغاربية للتعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي لسنة 1991 وهـي التي نصت في المادة 44 (ب) منها على أنه يرفض تنفيذ القرار التحكيمي " إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا". أي، أن تكون هذه الأحكام مبنية على شرط أو إتفاق على التحكيم سليمين. ولا يمكن أن يكونا كذلك، إلا إذا كانا في شكل كتابي يؤكد سلامتهما. إذ لا يمكن أن يبنى قرار تحكيمي على إتفاقية تحكيم غير مكتوبة والتأكد من سلامتها، إن لم تأخذ شكل كتب محرر طبقا لصيغة صحيحة حتى يعترف بها وتنفذ.

ويعرف عادة الشرط التحكيمي على أنه إلتزام أطراف النزاع بإخضاع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم بينما الإتفاق على التحكيم هو إلتزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على محكم أو عدة محكمين (759). ولكن ماذا عن التوافق الذي من المفترض أن يوجد بين التحكيم الدولي الذي ينظمه قانون الإجراءات المدنية والقواعد التحكيمية التي نصت عليها الإتفاقيات المتعددة الأطراف من حيث الشكل الذي يجب أن يكون عليه القبول بالتحكيم؟ تؤكد المادة 458 مكرر 1 في الفقرتين 2 و3 من قانون الإجراءات المدنية على وجوب أن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي، وإلا فإنها تعد باطلة. وفي نفس المعنى، جاءت المادة 458 مكرر 18 لتؤكد على الشكل الكتابي عندما نصت على أنه " يثبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم".

إن المادة 458 مكرر 1 فقرة 2 تبدو متطابقة مع المادة 2 لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي نصت على أنه "بقصد باتفاق مكتوب " شرط التحكيم في عقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات " (760). يعترف أغلب الفقهاء على أن الشكل الكتابي يبقى ضروريا لصحة إتفاقية التحكيم. ويبقى الوسيلة الوحيدة والأكيدة لإثبات أن إرادة الأطراف قد إتجهت فعلا نحو تخليها عن القضاء الوطني وتمسكها بالتحكيم كطريقة لتسوية نزاعها المحتمل" (761). بالإضافة إلى أن وجوب الشكل الكتابي يبقى ضروريا من جهة أخرى، لأنه " من الصعب تصور غياب أي سند كتابي لإبرام أي إتفاقية للتحكيم" (762). وإن كان هنالك من الفقهاء من يرون أن الشكلية التي يؤكد عليها المشرع قد لا تكون مناسبة بل وتتناقض حتى مع الروح الليبرالية للنصوص المنظمة للتحكيم في الجزائر مثلا (763).

---

(759) وقد دلت على ذلك المادة 458 مكرر 1 للفقرة الأولى عندما نصت: " تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة".

(760) Pour une étude générale, V. Bredin J.D : « La Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », J.D.I, 1960, pp. 1002-1029.

(761) Terki. N : L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, p. 52.

(762) De Boisséson. M : Le droit français de l'arbitrage, éd Joley, Paris 1990, p. 477.

(763) Issad. M : « Le décret législatif algérien … », op cit, pp. 385-386.

ولكن ماذا الآن عن محتوى الرضاء بالتحكيم بعد ما كنا قد رأيناه من الناحية الشكلية وما هي الشروط التي تتطلبها الإتفاقيات المتعددة الأطراف حتى يكون الرضاء سليما وصحيحا من حيث محتواه، وما إنعكاسات هذه الشروط على القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم في خصوص ما يجب أن يحتويه الرضاء بالتحكيم تحديدا ؟

إن الرضاء باختصاص المركز الدولي " سيردي" طبقا لإتفاقية واشنطن الدولية لا يعكس فقط إلتزام الطرفين، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى بلائحة تحكيم المركز، وإنما أيضا إمكانية أن يتفق الطرفان على نقاط أخرى باستطاعتهما إدراجها في إتفاقية التحكيم، كالقانون الواجب التطبيق ومكان إجراء التحكيم وتشكيلة هيئة التحكيم ... إلخ. أو كأن يختارا أن تستنفذ بصفة مسبقة طرق الطعن الداخلية للدولة المضيفة قبل اللجوء إلى التحكيم (764). كما أنه من حق الطرفين أن يتفقا على إخضاع أصناف محددة من النزاعات للتحكيم دون غيرها.

وهكذا وبناء على ما تقدم، فإن محتوى الرضاء هو ليس ثابتا بقدر ما هو واسع ويغطي العديد من العناصر المؤهلة لأن تكون موضوع إتفاق بين طرفي العقد. وبالنتيجة، فالملاحظ، هو أن محتوى الرضاء يتسع ويضيق بحسب ما يريده الطرفان أو الأطراف بوجه عام. فيمكن أن يعبر هؤلاء فقط عن لجوئهم إلى إجراءات المركز بدون التفصيل فيها. ومن ثمة، فإن مساحة الرضاء تصبح ضيقة. أم إذا أراد الأطراف الإتيان على تفاصيل أكثر للرضاء وجعله كاملا ودقيقا، فإن ما سيحتويه هذا الرضاء سيكون واسعا وأكثر إكتمالا.

وفي هذا الشأن، وكما يقول الفقيه Amadio، سنكون أقرب إلى إتفاق تحكيمي un compromis d'arbitrage يأتي بعد نشوب النزاع وهو عادة ما يتصف بكونه أكثر تفصيلا ودقة من الشرط التحكيمي clause compromissoire الذي يأتي قبل نشوب النزاع والأطراف مازالوا في موقع لم تراع فيه بعد خطورة وحجم النزاعات التي تنتظرهم (765). وفي

(764) راجع المادة 26 من إتفاقية واشنطن للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات، المرجع السابق.

(765) V. Amadio M : Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965 L.G.D.J, 1967, p. 102.

الحقيقة، إحتمال أن يضيق أو يتسع محتوى الرضاء بتحكيم " سيردي"- ونحن نتكلم عـن إتفاقية واشنطن – لأكثر من عنصر أو قاعدة إجرائية، هو عائد لكون البنـود التحكيميـة النموذجية المنشورة من طرف المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عـن الإسـتثمار تحتوي على بنود نمطية clauses types يمكن أن يأخذ الأطراف بها أو ألا يأخذوا بها. وهي عبارة عن مقترحات ممكن تكييفها تبعا لرغبة الأطراف في العقد (766).

أما إذا رجعنا إلى الإتفاقيات العربية بإعتبارها إتفاقيات جهوية، فإن المـادة 2-1 مثلا من الإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار الأموال العربية في البلدان العربية لم تشر إلى محتوى الرضاء بالتحكيم بقدر تأكيدها على إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، فـي حالة عدم التوصل إلى إتفاق على إستعمال التوفيق أو في حالة فشله، ولا المادة 4-1 من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار لسنة 1971 والتي إكتفت بتنظيم إجراءات التحكيم دون التعرض إلى وجوب أن يكون رضاء الأطراف أو الطرفين، ونعني بهما الدولة والمستثمر الأجنبي، حاضرا بصـورة قبليـة فـي شـكل شـرط تحكيمـي clause compromissoire. وعليه، يتعذر علينا رصد محتوى هذا الرضاء بـالرجوع إلـى أحكام الإتفاقيتين العربيتين. ولكن، هل يمكن القول أن إتفاق الطرفين على اللجـوء إلـى التحكيم هو إتفاق خال من أي محتوى حتى ولو كان ضبابيا وغير دقيق ؟ في الحقيقة، إن رضاء الطرفين بالتحكيم والذي يجسده إتفاقهما على التحكيم لا بد وأن يشـمل النزاعـات التي ستكون محل تسوية. ومن غير المستبعد أن يقوم الطرفان بتحديد هذه النزاعات بدقة أو بشكل عام دون تفصيل أوجه هذه النزاعات. وهنالك العديد من الصيغ التي وضـعتها مؤسسات تحكيمية دائمة والتي لم يقع التنصيص عليها في الإتفاقيات العربية من الممكـن أن تساعد الطرفين في صياغة الشرط التحكيمي عندما يقرران اللجوء إلى التحكيم. ومـن بين هذه الصيغ، ما يعرف بالشروط النموذجية. مثال ذلك، الشرط النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية (C.C.I) وهو كما يلي: " إن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقـد يتم حسمها نهائيا، وفقا لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية من قبل محكم واحد

(766) Delaume. G. « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements – la pratique du CIRDI », J.D.I. 1989, p. 780.

أو أكثر يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام". ونحن نتكلم عن النزاعات التـي مـن الممكـن أن يشملها الرضاء، فإن من النزاعات ما هي مستثناة لعدم قابليتها للتحكيم. لأنه كما أشـارت إليه ذلك إتفاقية نيويورك الدولية في المادة 5 (أ) منها، فإن إتفاقية الرياض العربيـة قـد قررت هي أيضا في المادة 37 منها إمكانية قيام الهيئة القضائية المختصة لدى الطـرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ برفض تنفيذ الحكم، عندما يكون قـانون الطـرف المتعاقـد المطلوب إليه الإعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكـيم. ومعنى ذلك، أن رضاء الطرفين الدولة والمستثمر الأجنبي لا بد وأن ينصب في محتـواه على نزاعات يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وإلا، فإن إتفاق التحكـيم يعتبـر بـاطلا لمخالفته القانون الذي يمنع اللجوء إلى التحكيم في تلك المسائل. ويمكن أن يشكل بالتـالي سببا للطعن في قرار التحكيم، فيما لو صدر رغم المنع المذكور (767). ثم ماذا لو رجعنـا في النهاية إلى قانون التحكيم الدولي في الجزائر لنستحلي معا مدى تجاوبه مـع أحكـام الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي تعرضنا إليها حتى الآن. الجواب، أننا لم نلاحظ إختلافا بين هذه الإتفاقيات وقانون الإجراءات المدنية المنظم للتحكيم الدولي في الجزائر. فقد منح المشرع هو أيضا مساحة كبيرة للرضاء، لما أعطى الحرية للأطراف في أن يدرجوا فـي الشرط التحكيمي قبل نشوب النزاع أو في الإتفاق التحكيمي بعد نشوبه ما يرونه مـن قواعد تتعلق بتنظيم التحكيم في جميع جزئياته، سواء ما إرتبط منهـا بالقـانون الواجـب التطبيق على موضوع النزاع أو القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم (768). مـن بينهـا قانون البلد الذي صدر فيه التحكيم طبقا للمادة 5-1 (أ) لإتفاقية نيويورك لسـنة 1958 أو تلك التي تتعلق بالنزاعات التي من الممكن أن تكون قابلة للتحكيم (769).

---

(767) أنظر د. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والإتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية – الجزء الخامس، مكتبـة دار النشـر والتوزيـع، الأردن، 1997، ص. 85.

(768) راجع المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية.

(769) راجع المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93.

ويمكن تبرير إتساع رقعة الرضاء في القانون الجزائري بما إعتدنا أن نراه ونلاحظه في الإتفاقيات المتعددة الأطراف، هو إعتماد هذه الإتفاقيات وأيضا القانون الجزائري للتحكيم على مبدأ حرية الإرادة في تنظيم التحكيم. وإن كنا نرى، أن إتساع محتوى الرضاء بالتحكيم ليس إلا ترجمة لتدويل إتفاقيات التحكيم وإستبعادها للقوانين الوطنية (770) إلا من قيد واحد، ألا وهو وجوب أن يحترم الأطراف في وضعهم للقواعد المنظمة للتحكيم، النظام العام الدولي الذي سنتعرف عليه لاحقا عندما نتعرض لشروط الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية في إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف.

ولكن هل يجوز التراجع عن الرضاء بالتحكيم من قبل الدولة المضيفة للإستثمار وتحت أي ذريعة كانت ؟ تتفق أغلب الإتفاقيات المتعددة الأطراف حتى وإن كانت الصيغة تختلف من إتفاقية إلى أخرى، على أن الرضاء بالتحكيم لا بد وأن يكون قطعيا (771). أي لا يمكن التراجع عنه البتة. بما أن إتفاقية " أم جي" تشير في تنظيمها لهذا العنصر إلى لائحة التحكيم التابعة للمركز الدولي " سيردي"، فلا يسعنا في هذا المجال إلا الرجوع إلى هذه اللائحة لمعرفة ما إذا كان يجوز للدولة التراجع عن رضائها بالتحكيم بعد أن تكون قد عبرت عنه سواء كتابيا بشكل مباشر أو بصفة غير مباشرة، عن طريق تشريعها الوطني أو في إطار الإتفاقيات الثنائية التي تكون قد أبرمتها مع الدولة الوطنية للمستثمر. في الحقيقة، يطرح الرضاء بالتحكيم مسألة أولية، هل أن الرضاء بالتحكيم يعد إلتزاما دوليا لا يجوز للدولة التخلي عنه، أم أنه إلتزام يمليه عليها فقط قانونها الداخلي، وبالتالي قد يدفع بها هذا القانون وفي أي وقت إلى التخلي عنه لأسباب تتعلق بالنظام العام في مفهومه الداخلي ؟ تختلف هنا آراء الفقهاء حول ما إذا كان للدولة الحق في أن تتراجع عن رضائها بالتحكيم. بالنسبة للبعض، الدولة التي أبدت رغبتها في اللجوء إلى التحكيم لها الحق في أن تتراجع عنه (772) مستندين في ذلك إلى قرار كان قد صدر عن المحكمة

---

(770) Issad. M « Le décret législatif algérien .. » op cit, p. 400.

(771) راجع المادة 25 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار والمادة 2 فقرة 1 من الإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال في البلدان العربية لسنة 1980.

(772) Voir sur ce point, Carabiber. Ch : « L'arbitrage entre Etats et particuliers , » in Recueil CADI, La Haye, 1950-1951.

الدائمة للعدل الدولية ينزع فيه المحكمون أية صفة دولية لإلتزام الدولة المضيفة بالتحكيم، بل ويكيفونه على أنه إلتزام من القانون الداخلي الذي يمكن للدولة ألا تتقيد بـه لأسـباب تتعلق بالنظام العام. وهذا يعني بطبيعة الحال، أن الشرط التحكيمي أو الإتفاق التحكيمـي المتفق عليه من قبل الدولة والشخص الأجنبي الخاص لا يمكـن أن يحكمـه إلا القـانون الداخلي ولا يمكن أن يخضع لأي قاعدة دولية أخرى. ومن ثمة، فلا يمكن أن يقع علـى الدولة أي إلتزام دولي بإحترام الشرط التحكيمي مع الطرف الخاص بينما فقهاء آخـرون يرون أن الإمكانية المتاحة للدولة من أجل التخلي بصفة أحادية عن إلتزامهـا الصـحيح بالرضاء بالتحكيم من شأنه أن يجعل من العقود التي تبرمها مـع الأشـخاص الأجنبيـة الخاصة مجرد عقود إحتمالية contrats aléatoires (773). وهذا مع دفع الأسـتاذ De Visscher إلى القول أنه " عندما يكون للدولة السلطة في أن تضع حدا لوضعية قانونيـة وتـرى أن مصلحتها تستدعي اللجوء إلى الوسائل التعاقدية فإنها تصبح ملتزمة إزاء القانون الـدولي العام في خصوص ما أبرمته من عقود". ولهذا الغرض، وحتى لا تتنكر الدولة وقت مـا شاءت لإلتزامها بالتحكيم التي تكون قد عبرت عنه في الأول، فـإن المـادة 25-1 مـن إتفاقية واشنطن قد كرست مبدأ الإلتزام الدولي للدولة بلائحـة تحكـيم المركـز الـدولي " سيردي". ومعنى ذلك، أنه عندما يقع التعبير عن الرضاء بهذه اللائحة، فلا يجـوز لأي من الطرفين، الدولة أو المستثمر التراجع عنه، لأن التخلي عن هذا الرضاء حتى وإن كان ممكنا، فلا يمكن أن يتحقق إلا باتفاق الطرفين، باعتبار أن إتفاقية التحكيم وكـأي إتفاقيـة أخرى لم تكن لتتجسد لولا لم يتم الإتفاق عليها من قبل طرفي العقد.

ولكن هناك أيضا شريحة أخرى من الفقهاء وهم من المساندين للبلدان في طريـق النمو، ممن يؤكدون على أنه يمكن تجاوز عقبة المادة 25 فقرة 1 وتمكين الدولة مـن أن تتجرد من قيد الرضاء بالتحكيم، إذا كان هذا الرضاء سوف يمس بمصالحها أو أنه معيب

(773) وكان هذا الرأي من بين الأسانيد التي قدمتها الحكومة السويسرية أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية **Losinger et Cie. Voir, C.P.J.I, Série c, n° 78, p.72.**

بأحد عيوب الرضاء. وتبعا لذلك، فهم ينصحون بتطبيق نظرية عيـوب الرضـاء المكرسة في القانون الداخلي في مجال القانون الدولي الخاص. وبناء عليه، فهم يرون أنه بإمكان الدولة أن تستند في إدعائها أمام القضاء التحكيمي إلى حالة الضرورة الإقتصـادية sur la nécessité économique التي تكون قد أجبرتها على القبول بلائحـة تحكـيم المركـز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار أو أن تقديرا موضوعيا لرضائها بـالتحكيم من شأنه أن يسمح بتكييف عقد الإستثمار الذي يحتوي على الشرط التحكيمي على أنه عقد غرر contrat léonien (774).

ولكن اللجوء إلى التحكيم، سواء في إتفاقية واشنطن أو في إتفاقية أخرى لا يعنـي فقط، أن اللجوء إلى التحكيم لا يمكن التراجع عنه، بل يعني أيضا أنه من بين الآثار التي تترتب عن الرضاء بهذا التحكيم، هو عدم إستعانة الأطراف بأي طريقة أخرى من طرق التسوية القضائية، مثل المحاكم الوطنية للدولة المضيفة أو أي محكمة وطنية أخرى غيـر التحكيم. وهو ما نصت عليه فعلا المادة 26 من لائحة تحكيم " سيردي" والتي لم نجد لها مقابلا، لا في الإتفاقيتين العربيتين (لسنة 1974 وسنة 1971) ولا في الإتفاقية المغاربيـة لسنة 1991 بشكل صريح ومباشر. ولكن الشيء المؤكد، هو أن الرضاء بالتحكيم في ظل الإتفاقية العربية لسنة 1980 هو رضاء قطعي بشهادة الأستاذ حرشاني الذي يرى أن هذا الرضاء يعد بمثابة إلتزام دولي لا يمكن الإلتفاف حوله. والدليل على ذلك، كما قـال هـو وجود إجتهاد تحكيمي ثابت ومستقر وإجماع فقهي على أن الشرط التحكيمي الذي يجسـد رضاء الطرفين، الدولة والمستثمر الأجنبي بالتحكيم له حياة مستقلة عن حياة العقـد (775). ولكن من جهة أخرى، لا يمكن أن ننكر على الإطلاق، أنـه حتـى وإن كانـت إتفاقيـة واشنطن الدولية قد أقرت بما يسمى مبدأ اللجوء حصرا وقصرا إلى التحكيم دون غيـره من طرق التسوية القضائية، إلا أن هذه الإتفاقية قد منحت في المقابل إمكانية أن تشترط الدولة، قبل أي موافقة على إخضاع النزاع إلى التحكيم إستيفاء طرق الطعن الداخلية.

---

(774) Fouchard. Ph : « Les garanties juridiques accordées aux investisseurs étrangers en Tunisie », R.T.D, 1975, p. 28.

(775) Horchani. F: L'investissement inter-arabe, recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements, C.E.R.P, Tunis, 1992, p.374.

للعام، فقد شهد مبدأ اللجوء حصرا إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة في الإستثمار " le recours exclusif à l’arbitrage "CIRDI عدة تطبيقات له بمناسبة نظر المحاكم التحكيمية في طلبات أطراف النزاع لإجراءات مؤقتة. فمثلا، في قضية Holiday Ins وشركة Petroleum corporation ضد الحكومة المغربية، وطبقا لمبدأ اللجوء الحصري لتحكيم المركز الدولي، فقد صرحت المحكمة التحكيمية أنه ما لم ينص على غير ذلك، فإن المحكمة تعد مختصة للأمر بإتخاذ أي إجراءات مؤقتة تتطلبها ظروف القضية (776). إلا أن هذا الموقف يتناقض في الحقيقة، مع الإتجاه العام الذي نجده في القانون المقارن والذي يقضي بأن أي طلب للإجراء المؤقت هو من الإختصاص الحصري de la compétence exclusive للقاضي الوطني وليس للمحكم أي دخل فيه (777).

ولكن خلافا لما تقدم، فقد قضت محكمة الإستئناف Rennes بعدم إختصاص القاضي الوطني بإتخاذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي، مستندة في ذلـك إلـى مبـدأ الإختصـاص الحصري للمركز الدولي. ولكن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي مشابه لرأي محكمة الإستئناف، لما صرحت بأن لائحة تحكيم "سيردي"، وكأي لائحة أخرى لا يمكن أن تكون لها القوة إلا بالقدر الذي يمنحها لها الأطراف (778). عندما يتعلق الأمر بإتخاذ إجـراءات تحفظية أو مؤقتة.

أما عربيا، ومن حيث الصفة الحصرية للتحكيم كطريقة وحيدة لتسوية النزاعـات التي قد تنشأ بين الدول العربية ومستثمرين عرب رعايـا دول عربيـة أخـرى، فـإن الإتفاقيات العربية لا تعتبر التحكيم الطريقة الوحيدة للتسوية، بل هنالك طرق أخرى. وهذه الإتفاقيات هي الإتفاقيات لسنوات (1971 و1974 و1980). ومرجع هذه الإتفاقيات فـي ذلك هو أن هذه الأخيرة تعتبر أن إختيار أي طريقة من طرق التسوية، فهو يقوم بالأساس على رضاء أطراف النزاع. بل وأكثر من هذا، ففي خصوص الإتفاقية العربية الموحدة

---

(776) Voir Rambaud S.P : « Premiers enseignements des arbitrages CIRDI », A.F.D.I, 1982, p. 477.
(777) Voir à titre d’exemple en droit français, Tandeau de Marsac : « Le référé français et l’arbitrage international », G.P, août 1984, pp. 2-5.
(778) Cass. 18 novembre 1986. Clunet 1987, n° 1, p. 125, note Gaillard. M.E.

لسنة 1980 مثلا، فهي تنص في مادتها 30 على أن أطراف النزاع هم أحـرار فـي أن يستعملوا التحكيم سواء في إطار الإتفاقيات التي تنظم العلاقـات بـين الـدول العربيـة الأعضاء في الجامعة العربية أو في إطار أي إتفاق آخر. كما أنهم أحرار في أن يلجئـوا إلى أي طريقة أخرى للتسوية كاللجوء إلى القضاء الـدولي أو إلـى المحكمـة العربيـة للإستثمار. ومن ثمة، فإن محرري هذه الإتفاقية قد منحوا حرية إختيار الطريقة القضائية التي يراها أطراف النزاع مناسبة، خاصة وأن اللجوء مثلا إلى المحكمة العربية للإستثمار يبقى جوازيا من حيث المبدأ (779)، حتى وإن كان بالرجوع إلى تنـوع حـالات النـزاع، (نزاع يتعلق بالإستثمار ونزاع آخر يتعلق بتفسر أو تطبيق إتفاقية) من الممكن أن يجعـل من المحكمة العربية للإستثمار الوجهة الأوفر حظا لتسوية النزاع المـرتبط بالإسـتثمار عوضا عن التحكيم (780). وما يعزز هذا التوجه في نظرنا أيضا، هو هذا الطابع الإقليمي العربي الذي يمنح بعضا من الخصوصية لهذه المحكمة ويجعلها أقـرب إلـى المسـتثمر العربي والدولة العربية المضيفة للإستثمار من أي محكمة أخرى حتـى وإن كانـت ذات طابع دولي ومختصة (781). ولكن، هل يمكن أن نجد بصمات لمبدأ حصرية التحكيم فـي المرسوم التشريعي 09-93 المتعلق بالتحكيم الـدولي ؟ يجـب أن نشـير إلـى تطـابق الإتفاقيات المتعددة الأطراف وخاصة إتفاقية واشنطن مع المرسـوم التشـريعي السـالف الذكر، عندما أكد هو أيضا في المادة 458 مكرر 8 فقرة 2 على عدم إختصاص القاضي الوطني عند وجود إتفاقية للتحكيم.

ولكن، بالإضافة إلى إشتراطه وجود هذه الإتفاقية فهو يشـترط أيضـا أن تكـون دعوى التحكيم معلقة. وهذا يعني على وجه المخالفة، أنه يمكن أن يكون القاضي مختصا متى لم تكن الدعوى معلقة. وهذا يختلف بطبيعته مع ما ورد فـي الإتفاقيـات المتعـددة الأطراف من أن الإتفاق على اللجو ء إلى التحكيم يجعل من القاضي غير مختص آليا،

---

(779) راجع المادة 27 من الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980.

(780) Horchani. F : op cit, p. 412.

(781) وإن كان هذا الرأي لا يشاطرنا فيه الأستاذ مبروكين الذي يرى أن التوجه العربي هو نحو إستعمال المراكز الدولية المعروفة، مثل هيئات التحكيم التابعة للمركز الدولي "سيردي" أو تلك التابعة لغرفة التجارة الدولية

V. Mebroukine. A, « La société d'économie mixte », in Rev Idara, n° 3 1987, p. 15.

بدون النظر في وجود دعوى معلقة من عدمه. ولا شك أنه وبإعتراف أحد الفقهاء فـإن المادة 458 مكرر 8 فقرة 2 وباشتراطها وجود دعوى معلقة، فهـذا يتنـاقض وقاعـدة "إختصاص - الإختصاص" المخولة للمحكمين والتي من نتائجها هو أن القاضـي يجـب عليه أن يصرح بعدم الإختصاص ما دام المحكمون لـم يصـرحوا بصـفة جليـة عـن إختصاصهم (782).

يستفاد أخيرا، من كل ما سبق ذكره، أن القبول بالتحكيم بقدر ما هـو ضـروري للتأكد من إتجاه إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، فهو ضروري أيضا للمرور إلـى مرحلة متقدمة ألا وهي مرحلة تأسيس المحكمة التحكيمية.

المطلب الثاني: تكوين المحكمة التحكيمية.

إن أهم خاصية يتميز بها التحكيم في الإتفاقيات المتعددة الأطراف سواء أكانت دولية أم جهوية، وكذلك القانون الداخلي للتحكيم الدولي في الجزائر هو إرتكاز هذا القانون وهذه الإتفاقيات على إرادة الطرفين، الدولة والمستثمر الأجنبي، في إختيار عدد المحكمين وفي من يرونه أهلا وكفئا بأن يكون محكما. ولكن، ماذا لو لم يختر أحد الطرفين محكما له، ما مصير ذلك على سير التحكيم، وهل من الممكن أن نشهد شللا للتحكيم جراء ذلك ؟ ينص الملحق الثاني من إتفاقية " أم جي" المتعددة الأطراف على أن المحكمة التحكيمية تتشكل من ثلاثة أعضاء. بمعنى، أن كل طرف يعين محكما له. أما المحكم الثالث الذي هو رئيس هيئة التحكيم، فيعينه المحكمان المعينان خلال ثلاثين يوما إبتداء من تعيين الطرف الآخر لمحكمه (783). وهي بذلك، تختلف عن إتفاقية واشنطن التي تنص في المادة 37 فقرة 2 (أ) منها على إمكانية أن تتشكل المحكمة من محكم واحد. كما أنها لم تحصر عدد المحكمين في ثلاثة فقط بل أنها أخضعت هذا العدد إلى إتفاق الطرفين. أما وقد يتعذر عليها الإتفاق على عدد معين من المحكمين، فإن المحكمة تصبح تضم وبالضرورة ثلاثة

---

(782) Terki. N : L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU Alger 1999, p. 61.

(783) راجع المادة 4 (أ) من المادة 57 من الملحق الثاني من الإتفاقية الدوليـة المتضـمنة إنشـاء الوكالـة لضـمان الإستثمار.

محكمين. ومع ذلك، فوجه الخلاف هنا بين إتفاقية سيول وإتفاقية واشنطن يكمن فقط في المحكم الثالث. ذلك أنه، إذا كان هذا الأخير يعين طبقا لإتفاقية سيول من قبل المحكمين المعينين، فإنه طبقا لإتفاقية واشنطن، يعين " بالإتفاق بين الطرفين".

أما على المستوى الإقليمي العربي، فإن الإتفاقيتين العربيتين (الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 وكذلك الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار لسنة 1971) تنصان على أنه من الممكن أن يتفق الطرفان على تشكيل الهيئة التحكيمية من ثلاثة أعضاء أو من عضو واحد (784). أما إذا لم يكن هنالك إتفاق على عدد المحكمين، ففي هذه الحالة، توكل مهمة تعيين هؤلاء أو المحكم الواحد إلى رئيس محكمة العدل العربية. وإلى حين إنشاء هذه الأخيرة، يتولى هذه المهمة الأمين العام لجامعة الدول العربية (785). ولكننا نلاحظ إختلافا بين الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار وإتفاقية سيول الدولية لسنة 1985 والتي أنشأت الوكالة الدولية لضمان الإستثمار. بينما الجهة التي تقوم بإختيار المحكم الوحيد l'arbitre unique أو المحكم الرئيس في حال عدم الإتفاق على إختيار أحدهما، هو رئيس محكمة العدل العربية في الإتفاقية العربية. فإنه في إتفاقية سيول الدولية، الطرفان في النزاع هما اللذان يقومان باختيار محكميهما. وهما أيضا اللذان يختران بإتفاق مشترك رئيس المحكمة التحكيمية.

أما إذا تقاعس أحد الطرفين في إختيار محكم له أو لم يتوصل الطرفان إلى إتفاق بخصوص تعيين رئيس للمحكمة التحكيمية. ففي هذه الحالة، يقوم الأمين العام للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات بتعيين هؤلاء. مع الإشارة، إلى أنه إذا تعذر على الأمين العام القيام بذلك، فإنه يجوز لأحد الطرفين في النزاع أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية أن يقوم عوضا عنه بذلك. إن الحل الذي تقدمه إتفاقية "أم جي"

---

(784) راجع المادة 2 فقرة 2 من الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 والمادة 4 فقرة 1 من الإتفاقية العربية لسنة 1971 المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار.

(785) راجع المادة 2 فقرة 3 من الإتفاقية العربية لسنة 1980 والمادة 4 فقرة 1 – ب من الإتفاقية العربية لسنة 1971.

يبدو حذرا نوعا ما، ذلك أنه في نفس الوقت الذي يسعى هذا الحـل إلـى إحتـرام إرادة الطرفين في إختيار أعضاء المحكمة وتجاوز عجزهما في حال تقاعس أحدهما، فهو أيضا يقطع الطريق أمام المناورات التعويقية Les manœuvres dilatoires التي يكون الهدف منهـا تعطيل السير العادي للتحكيم. ولكن بالمقابل، يبدو أن محاولة الإستعانة بجهة ثالثة لتفادي شلل في إجراءات التحكيم قد لا تبدو دائما ناجعة، لأنه أحيانا قد ترفض حتى هذه الجهـة تعيين أحد الأعضاء في المحكمة مكان الطرف المتقاعس عن التعيين. وهذا الوضع يطرح بطبيعة الحال مسالة تتعلق بمدى إلتزام الجهة الأخرى المكلفة بالتعيين، كـالأمين العـام لمحكمة العدل الدولية أو الأمين العام لجامعة الدول العربية بالمهمة الملقاة عليهـا. وهـل بمجرد قبولها بالمهمة، معناه أنها تصبح قانونيا ملزمة بأدائها؟

إذا رجعنا إلى الإتفاقيات المتعددة الأطراف موضوع دراستنا هذه، سـواء أكانـت دولية أم إقليمية عربية، فإننا نجد أنها لم تتعرض قط إلى هذه المسألة. ولكن وبالمقابل، فقد لاحظنا أنه كان للإجتهاد التحكيمي فيما مضى رأي فيها. ويكفي أن نشير هنا، إلى القضية التي جمعت الدولة الإيرانية بشركة Anglo-Iranien. ففي عقد الإمتياز الذي أبرم بينهما في 23 أفريل سنة 1933، جاء في أحد بنود هذا العقد، أنه في حال رفض أحـد الطـرفين تعيين محكم له، وتفاديا لأي مشكل قد يعيق سير التحكيم، فإنه يقوم رئيس محكمة العـدل الدولية بتعيين محكم وحيد تكون له سلطة تحديد المكان الذي سيجرى فيه التحكيم. ولكـن حدث الذي لم يكن متوقعا، وهو أن نزاعا أعقب التأمينات البترولية التي أمر بها الدكتور مصدق ولم تقم الدولة الإيرانية بتعيين محكم لها. وكرد فعل على هذا الموقف، ما كان من الطرف الأجنبي إلا أن إلتمس وكان ذلك بتاريخ 25 ماي 1951، رئيس محكمـة العـدل الدولية، طالبا منه تسمية سلطة تعيين. ولكن ثلاثة أيام بعد هذا الطلب، رفـض الـرئيس Basdevant أن يكون لرئيس محكمة العدل الدولية إختصاص في تعيين أي محكم مسـتندا في ذلك، إلى أن النزاع بأكمله كان قد أثير أمام محكمة العدل الدولية من خلال عريضـة كانت قد أودعتها إنقلترا. ولكن بعد أن صرحت المحكمة في 22 جويلية سنة 1952 بعدم إختصاصها للفصل في الحالة المعروضة عليها من قبل الحكومة البريطانية، صرح السيد Guerrero من جهته، بصفته النائب الجديد لرئيس المحكمة ويدعى السيد Mac Nari الذي لم

يستطع أن يفصل في القضية نظرا لوجود مانع الجنسية، بعدم إختصاصه في رسالة وجهها في هذا الصدد إلى شركة Anglo-Iranien بتاريخ 11 أكتوبر سنة 1952 من أجل تعيين المحكم الوحيد. وكان قد قدم لهذا الغرض مبررين إثنين: المبرر الأول، وهو أن عقد الإمتياز قد منح سلطة تعيين المحكم الوحيد إلى رئيس المحكمة الدائمة للعدل الدولية وبصفته الرئيس الحالي لمحكمة العدل الدولية، فهو لا يمكن أن يقوم بهذا الدور في غياب أي إتفاق بين الطرفين.

ويضيف السيد Guerrero أن المادة 37 من القانون الأساسي للمحكمة والمشارة إليها من قبل الشركة Anglo-Iranien والتي بمقتضاها يجب إحلال محكمة العدل الدولية محل المحكمة الدائمة للعدل الدولية بالنسبة لتطبيق كل بنود العقود التي تنص على إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية لا يمكن أن تطبق في قضية الحال. وعليه، وبحسب السيد Guerrero، فالمادة السالفة الذكر لا يمكن أن تطبق إلا على طرفين يكونان منضويين تحت القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية. بمعنى أن هذا القانون يطبق على دوليتين وليس على علاقات تربط بين دولة وشركة خاصة. ثم أن الشرط التحكيمي كان قد منح سلطة تعيين المحكم الوحيد إلى جهاز غير موجود الذي هو رئيس المحكمة الدائمة للعدل الدولية **(786)**.

ولكن ماذا الآن عن موقف القانون الجزائري المنظم للتحكيم الدولي مقارنة بالإتفاقيات المتعددة الأطراف التي تعرضنا إليها فيما يتعلق بتكوين المحكمة التحكيمية ؟ إذا قارنا الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية أم إقليمية عربية بالمرسوم التشريعي رقم 09/93، فإننا نلاحظ أن هذا الأخير هو أكثر مرونة من الإتفاقيات التي ذكرناها، عندما منح الطرفين في النزاع، الدولة والمستثمر الأجنبي حرية الإختيار بين محكم وحيد أو عدة محكمين وذلك بصفة مباشرة أو بالرجوع إلى لائحة تحكيمية **(787)**. وهذا يعني، أنه في حالة التحكيم الحر، فإن حرية الطرفين في تكوين المحكمة

---

(786) Voir Weil. P « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier ». R.C.A.D.I, 1969, III, p. 132.

(787) راجع المادة 458 مكرر 2 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 27 المؤرخة في 27 أفريل 1993، ص. 42.

التحكيمية هي أوسع مما عليه في التحكيم المؤسساتي أين يلتزم فيه الطرفان بنظام تحكيمي قائم بالذات. وإن كان هذا الأخير يبقى مجرد نظام مكمل وغير إجباري. والدليل على ذلك، ما ورد على سبيل المثال في لائحة التحكيم للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار من أن تشكيلة المحكمة لا بد وأن تخضع إلى إتفاق الطرفين. بالإضافة إلى أن الطرفين هما غير ملتزمين باختيار أعضاء المحكمة التحكيمية من بين الأسماء المقترحة في قائمة المحكمين المعدة سلفا من قبل المركز. ولكن يشترط فقط، في الأشخاص المؤهلين لإحتلال منصب محكم أن يلتزموا بما ورد من شروط في المادة 14 فقرة 1 من لائحة تحكيم المركز. وإن كان الغالب، مقارنة بالمرسوم التشريعي هو التنصيص ضمن الإتفاقيات العربية على التشكيلية الثلاثية للمحكمة التحكيمية، عوضا عن محكم وحيد الذي من الممكن أن يقع اللجوء إليه في ظل المرسوم السالف الذكر. ويرجع أغلب الفقهاء إبتعاد الإتفاقيات العربية خصوصا عن صيغة المحكم الوحيد هو أن هذا الأخير غالبا ما يقع إختياره من الأوساط الغربية وإنحيازه المفضوح لمصالح هذه الأوساط، على غرار المحكم Dupuy في قضية شركة Texaco et Calasiatic ضد الحكومة الليبية.

ولكن ماذا عن إمكانية تشكيل المحكمة التحكيمية بمساعدة قاض وطني، سواء على مستوى الإتفاقيات المتعددة الأطراف أو على مستوى المرسوم التشريعي المنظم للتحكـيم الدولي في الجزائر؟ في الحقيقة، لم تنص الإتفاقيات المتعددة الأطراف سواء أكانت دولية أو إقليمية عربية على تدخل القاضي في تشكيل المحكمة التحكيمية عند وجود مشاكل تعيق عملية التشكيل. وبمعنى آخر، أنه بمجرد أن ينص الطرفان في شرط تحكيمي أو في إتفاق للتحكيم على الأخذ بلائحة التحكيم التي جاءت بها إحدى هذه الإتفاقيـات، وعلـى سـبيل المثال لا الحصر لائحة تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عـن الإسـتثمار. فهذا يعني، أنهما قد إستبعدا ضمنيا التدخل الإحتياطي لأي محكمة وطنية. وفي المقابـل، فعلى المركز أو الغرفة الذي تسير أمامه أو أمامها إجراءات التحكيم أن تجد حلا للمشاكل

التي من شأنها أن تعرقل تشكيل المحكمة أو سيرها (788) وخلافا لهذه الإتفاقيات ولتفـادي أي مشكل قد يصيب تشكيل المحكمة أو حتى سيرها، رخص المشرع للطـرف المعنـي بالتعجيل بأن يلتمس مساعدة الجهة القضائية المختصة (789). ولكن حسب أحد الفقهـاء، لا يمكن أن يكون هناك تدخل للقاضي الوطني في تعيين المحكمين وهو تدخل مكمل، إلا في إطار تحكيم حر. وهو بذلك يملك سلطات لا يستهان بها (790).

ولكن بعد التعيين، يبقى المحكم في جميع الأحوال عرضـة للـرد أو للإسـتبدال. بالنسبة للرد La récusation، وعلى المستوى الدولي، تجدر الإشارة إلى أنه لا توجـد فـي الملحق الثاني من إتفاقية " أم جي" أي إشارة إلى إجراءات الرد، خلافا لإتفاقية واشـنطن التي نصت على كيفيات الرد في المادتين 57 و58 منها. أما جهويـا، وعلـى مسـتوى الإتفاقيات العربية، فباستثناء إتفاقية عمان لسنة 1987 والتي تتعلـق بـالتحكيم التجـاري الدولي والتي تحدثت في المادة 19 منها عن الرد. وهي بذلك تمثل تطورا نوعيا مقارنـة بالإتفاقيات العربية المتعلقة بالإستثمارات.

تستوقفنا في خصوص مسألة رد المحكمين نقطتان: الأولى تتعلق بأسـباب الـرد والثانية بإجراءات الرد. في خصوص أسباب الرد، تنص المادة 57 من إتفاقية واشـنطن إلى أن طالب الرد يجب أن يؤسس رده على " فقدان أكيد" للصفات التي تتطلبها المادة 14 فقرة 1. وهي الصفات التي يجب أن يتصفوا بهـا الأشـخاص المـؤهلين لأن ينتصـبوا كمحكمين. وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، فإن أهم الصفات التي يجب أن يتصف بها المحكمون هي المركز الأدبي الرفيع إلى جانب الكفاءة في مجالات عدة، مثـل المجـال القانوني والصناعي والمالي المشهود له به. والملاحظ فيما يتعلق بهذه الصفات، إن المادة 14 فقرة 1 قد خصت التخصص القانوني بالنسبة للمقيدين في قائمة التحكـيم وأعتبرتـه " شرطا جوهريا". مما يعني، أنه لا يمكن أن نتصور محكما غير مختص في القانون أو

---

(788) Voir à ce propos, Bedjaoui M. et Mebroukine A : « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », J.D.I, n° 4, 1993, p. 37.

(789) راجع المادة 458 مكرر 2 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93-09، المرجع السابق.

(790) V. Goldman. B : « L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », in Cour d'arbitrage CCI, 60ème Anniversaire, 1984, p. 288 et s

أنه مختص في القانون ولكن ليس مشهودا له بالمعرفة والخبرة الضرورتين فـي مجـال إختصاصه. كأن يكون من المختصين المبتدئين مثلا وليس مـن المختصـين البـارعين والمبدعين والذين لهم باع في ذاك المجال، ثم إلى جانب هذه الأسباب المتعلقة بشـخص المحكم، هنالك سبب آخر الذي من أجله يمكن أن يرد المحكم ألا وهو السـبب المتعلـق بالجنسية. كأن يكون المحكمون الذين تتشكل منهم المحكمة التحكيمية من رعايا الطـرف في النزاع. وهي محاولة من جانب إتفاقية واشنطن لتحييد هؤلاء داخل المحكمة.

أما إذا رجعنا إلى الإتفاقيات العربية كإتفاقيات جهوية لوجدنا أن الإتفاقية الوحيـدة التي تكلمت عن الرد هي إتفاقية عمان السالفة الذكر. إلا أننا لم نعثـر فـي المـادة 19 المخصصة لمسألة الرد على الأسباب التي يقوم عليها هذا الرد. وإنما إكتفت هذه الإتفاقية بالقول أن على طالب الرد أن يبين في طلبه أسباب رده للمحكم. إن عدم ذكر هذه الأسباب بالتدقيق يمكن أن يدفع بأحد الطرفين إلى أن يدفع بأي سبب، حتى وإن لم يكن هذا السبب موضوعيا. وهنا، يخشى أن يصبح الرد سلاحا في أحـد الطـرفين لتعطيـل إجـراءات التحكيم. وكنا نود لو أخذت إتفاقية عمان العربية بأسباب الرد التي نصت عليهـا إتفاقيـة واشنطن. وهي أسباب تكاد تشكل القاسم المشترك بين جميع الإتفاقيات المتعددة الأطراف وحتى بين القوانين الوضعية الأخرى (791). ولكن هل يمكن أن نجد نفس أسباب الرد التي نصت عليها الإتفاقيات المتعددة الأطراف في المرسوم التشريعي 93-09 ؟ في الحقيقـة، يستفاد من قرائتنا لمقتضيات المادة 458 مكرر فقرة 5 أن المحكـم يجـب أن يسـتجيب "للمؤهلات المتفق عليها بين الأطراف"، أي في الحالة العكسـية، يمكـن للأطـراف رد المحكم على أساس أن المؤهلات التي يجب أن تتوفر فيه هي غائبة. وهذه المادة، إذ أتت على ذكر المؤهلات كسبب من أسباب رد المحكم، فهي بذلك، تلتقي مع إتفاقية واشـنطن الدولية و تعد متقدمة على إتفاقية عمان لسنة 1987 التي تركت تقدير الأسباب التي يقوم

(791) راجع على سبيل المثال المادة 35 من الإتفاقية العربية لسنة 1974 والمتعلقة بتسـوية النزاعـات فـي مجـال الإستثمار بين الدول العربية المضيفة للإستثمار ورعايا الدول العربية الأخرى والمادة 180 فقرة 2 من قانون الـدولي الخاص السويسري والمادة 10 من مجلة التحكيم التونسية.

عليها رد المحكم لإرادة الطرفين. ولكن سبب آخر ذكره المرسوم التشريعي 93-09 ولم تأت على ذكره الإتفاقيات المتعددة الأطراف وهو غياب الإستقلالية لدى المحكم " بسبب وجود علاقات إقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الأطراف". الملاحظ في هذا السبب بالذات، هو أنه جاء في توافق تام مع العقود الدولية. وإن كانت هذه العقود قد عبرت عن هذه الروابط المصلحية بعبارات مختلفة. فمنها ما إشترطت إنتفاء " المصالح الإقتصادية في شؤون البترول" (792) ومنها ما قضت بضرورة "عدم وجود صلة بأطراف النزاع" (793). بيد أنه حسب أحد الفقهاء يجب أن نأخذ بالتفسير الواسع في تبيين مدلول " المصالح ... لتشمل المصالح السياسية والمصالح الإقتصادية الحالية والمستقبلية، المؤكدة منها والمحتملة" (794).

ولكن، هل يمكن لأحد الطرفين في النزاع، سواء الدولة أو المستثمر الأجنبي أن يطلب رد المحكم أو أحد المحكمين المختارين في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل تشكيل المحكمة التحكيمية ؟ لم تحدد إتفاقية واشنطن الدولية موعدا بعينه لرد المحكم. وعليه، فإنه يمكن لمن يطلب الرد أن يثير أسباب هذا الرد قبل أو بعد تشكيل المحكمة التحكيمية. أما عربيا، فلم تتكلم لا الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 ولا الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار لسنة 1971 عن أسباب الرد ولا عن توقيت إيداع طلب الرد، في حين أن إتفاقية عمان التي جاءت فيما بعد، وهي إذ تجيز لأحد الطرفين أن يطلب رد المحكمين لأسباب يبينها هو في طلبه، إلا أنها سكتت عن موعد الرد.

مما يثير من حيث المبدأ شكوكا حول التوقيت الحقيقي لتدخل طالب الرد، وإن كان هذا السكوت يمكن أن يفسر بصفة تحررية على أن طالب الرد يمكن أن يقدم طلب رد أحد المحكمين قبل و حتى بعد تشكيل المحكمة. وهي بذلك تقف جنبا إلى جنب في هذا

(792) راجع على سبيل المثال المادة 2-4 (ب) من الإتفاقية المبرمة بين مصر وشركة بان أمريكان لسنة 1963. ذكرها د. أحمد عبد الحميد عشوش في كتابه: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار – دراسة مقارنة – مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص. 76.

(793) راجع المادة 45-2 من الإتفاقية المبرمة بين مصر وشركة فليبس سنة 1963، نفس المرجع.

(794) نفس المرجع، ص. 79.

الجانب مع إتفاقية واشنطن. بمعنى آخر، أن كلا من الإتفاقيتين، إتفاقية واشنطن وإتفاقية عمان قد تبنتا الحل الأكثر ليبيرالية. ومن ثمة، فالمطلوب من الجهاز الذي سوف يصـدر قرارا في خصوص طلب الرد تقدير أسبابه ودوافعـه Motifs et mobiles de la récusation . ولكن من جهة أخرى، لا يكفي لأحد الطرفين ممن يهمه الرد أن يكتفي بإثـارة الأسـباب التي تستدعي رد المحكم، بل لا بد من إتباع إجراءات في ذلك. تؤكد كـلا مـن إتفاقيـة واشنطن الدولية وعمان العربية في هذا الصدد على أن رد المحكمين يجب أن يأخذ شكل طلب يرفع من ذي الشأن إلى الهيئة المختصة التي يرجع إليها النظر في الطلب وإصدار القرار المناسب بشأنه. ولكن أمام أي جهة مختصة يمكن أن يتقدم صاحب الرد بطلبـه ؟ هنا، فيه إختلاف بين إتفاقية عمان وإتفاقية واشنطن. بينما إتفاقية عمان تعطى صـلاحية الفصل في طلب الرد إلى مكتب المركز العربي للتحكيم التجاري (795)، فإنه على النقيض من ذلك، تمنح إتفاقية واشنطن هذه الصلاحية إلى أعضاء المحكمة الآخرين الذين تتشكل منهم المحكمة التحكيمية. وبهذه الصفة كما نلاحظ، لا تعطى إتفاقية واشنطن لهذه المهمـة الطابع الإداري الذي تعطيه إتفاقية عمان، وإنما تعطيها الطابع الحكمي. إلى جانب كمـا أكد ذلك الفقيه Amadio " فإن رفع طلب الرد أمام الأعضاء الآخرين هو ملائم للسلطة التي تتمتع بها المحكمة وحفاظا على التجانس بين أعضائها" (796). بعد إيداع طلب رد المحكـم أو المحكمين، يتم الفصل في هذا الطلب طبقا لقواعد مضبوطة سـلفا. بالنسـبة لإتفاقيـة واشنطن، بما أن المحكمة يمكن أن تتشكل من محكم واحد إلى عدة محكمين. ففي الحالـة الأخيرة، وإذا لوحظ تساو في الأصوات في خصوص رد أحد المحكمـين، فـإن رئـيس المحكمة هو الذي سيتولى بنفسه الفصل في طلب الرد المعروض عليه. وهو بذلك يتمتـع بسلطات كبيرة، إذ يمكن له أن يعيد فحص الصفات الواجب توافرها في المحكم موضوع الرد. كما أنه يجوز للأعضاء الآخرين أن ينظروا في رد المحكم. و إذا تبين أن السبب

---

(795) راجع المادة 19 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 الممشورة في مجلة التحكـيم رقـم 04 لسـنة 1989. وفي نفس العدد أنظر

El Ahdab. A. « Le Centre arabe d'arbitrage commercial à Rabat », in Rev.arb 1989, p. 27 et s

(796) Amadio M, op cit, p. 173.

الذي من أجله طلب رد المحكم أو غالبية المحكمين هو جدي، فإن المحكم أو المحكمـين المعنيين يقع إستبدالهم بنفس الطريقة التي تم تعيينهم بها. تختلف هنا إتفاقية واشنطن عـن إتفاقية عمان وهي أنه في هذه الأخيرة، لا يستهدف الرد إلا أحد المحكمين، بينما إتفاقيـة واشنطن تتكلم عن غالبية أعضاء المحكمة، أي أكثر من محكم واحد في حال وجود ثلاثة. ثم بالإضافة إلى هذا العنصر، هنالك ما هو أهم وجوهري، وهو أنه خلافا لإتفاقية عمـان التي وضعت أجلا لرد المكتب، وهو لا يتجاوز سبعة أيام للفصل في طلب الرد المقدم من ذي الشأن إبتداء من إستيلامه، فإن إتفاقية واشنطن لم تضع أي مدة للرد. وقد يعود سبب غياب هذه المدة – في نظرنا – هو رغبة محرري الإتفاقية في إضفاء نوع من المرونـة على عمل رئيس المحكمة. ولكن عدم التقيد بمدة زمنية معينة لإتخاذ قرار في خصـوص طلب رد المحكم أو المحكمين قد يطيل في عمر هـذا الـرد ويفقـده القيمـة والفعاليـة المطلوبتان لعملية الرد. حتى وإن إعتبرنا سلفا، وكما قـال الفقيـه Amadio أن القـرار الصادر في خصوص طلب الرد يبقى فقط مجرد " قرار إداري"، إلى جانب كونـه غيـر قابل لأي طعن وهو ليس بحاجة إلى تسبيب.

ولكن ماذا لو ألقينا نظرة على موقـف المشـرع الجزائـري مـن موضـوع رد المحكمين. هنا تختلف الصورة تماما. فالجهة المؤهلة مثلا للنظر في الرد لوجـود مـانع يحول دون تشكيل المحكمة التحكيمية هو القاضي الوطني وليس أية جهة أخـرى، مثلمـا لمسنا ذلك على مستوى الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي تمنح هذه السلطة، سـواء إلـى المحكمة التحكيمية ذاتها أو مثلما لاحظناه في إتفاقية عمان إلى مكتب المركـز العربـي للتحكيم التجاري. في الحقيقة، باختياره القاضي الوطني، فإن المشرع يميـز هنـا بـين حالتين. الحالة التي يكون فيها مقر المحكمة التحكيمية خارج المحكمة. ففي الحالة الأولى، فالمعني بالمحكمة المختصة هي " المحكمة المحددة في إتفاقية التحكيم، وفي غيـاب ذلـك المحكمة التي حددت هذه الإتفاقية مقر محكمة التحكيم ضمن دائرة إختصاصها أو المحكمة مقر إقامة المدعى عليه أو المدعى عليهم في النزاع، أو محكمة مقر إقامـة المـدعى، إذا كان المدعى عليه لا يقيم بالجزائر" أما الحالة الثانية، وهي الحالة التي يتفق فيها الطرفان على أنه بالرغم من وجود المحكمة التحكيمية خارج الجزائر، فإن القانون المطبق علـى

الإجراءات هو القانون الجزائري. وهنا، فإن إختصاصا خاصا يخول إلى رئيس محكمـة الجزائر العاصمة بمقتضاه الفصل في كل المعوقات التي قد تقف حجرة عثرة على طريق تشكيل المحكمة التحكيمية أو سيرها.

وعلى صعيد آخر، يبقى المحكم بالرغم من ذلك كله، عرضة لأن يستبدل عنـدما تقتضي الضرورة ذلك أو لوجود ظروف تستدعي هذا الإسـتبدال. أجمعـت الإتفاقيـات المتعددة الأطراف على أن أسباب الإستبدال قد تكون الوفاة أو الإستقالة أو العجـز (797). وفي جميع هذه الحالات، يتم إستبدال المحكم الذي يجد نفسه في مثل هذه الظروف بمحكم آخر ويشغل هذا الأخير المنصب بنفس الطريقة التي عين بها المحكم المستبدل. ولكن في حالة الإستقالة، لا يمكن أن يستقيل المحكم إلا بعد حصوله على موافقـة المحكمـة (798). ولكن الشئ المهم في موضوع الإستقالة، وهو أن الإتفاقية العربية تمنع المحكم مـن أن يستقيل بسهولة، خاصة بعد أن يكون قد بدأ في مباشرة مهمته، ذلك أنه حتى تقبـل هـذه الإستقالة من طرف مكتب المركز العربي للتحكيم التجاري، فـلا بـد أن تكـون هنالـك "أسباب جدية تمنع (المحكم) من الإستمرار في مهمته". بينما هذا الشرط لم نجده في إتفاقية واشنطن التي لا تلزم المحكم بأن يقدم تبريرات جدية تكون قد دفعته إلى الإستقالة، بما أنه يمكن له في ظل هذه الإتفاقية أن يستقيل بدون موافقة المحكمة، أي بدون أن يعطـي أي مبرر لذلك في النهاية. بالنسبة للمرسوم التشريعي 93-09، فهو يعطي للأطراف كامـل الحرية طبقا للمادة 458 مكرر 2 فقرة 1 منه من أجل تحديد شروط إستبدال المحكـم أو المحكمين. إلا أنه خلافا لكل الإتفاقيات التي تعرضنا إليها، فإن المرسوم لم يتعرض إلـى أسباب الإستبدال. وقد يعزى هذا الغياب في نظرنا، إلى كون هذه الأسباب هـي تقليديـة ومعروفة في نظر المشرع ولا تستدعى الرجوع إليها. ولكن حتى في هذه الحالة، كان من المستحسن لو نص المشرع على بعض حالات الإستبدال كالإستقالة مثلا، لأن المحكم قـد يلجأ أحيانا إلى الإستقالة بدافع العرقلة ليس إلا. لذا، فنحن مع إتفاقية عمان التي كما رأينا،

(797) راجع المادة 56-1 من إتفاقية واشنطن والمادة 18 فقرة 5 و6 من إتفاقية عمان، المرجع السابق.
(798) نفس المرجع.

تمنع المحكم من الإستقالة إذا لم تكن هنالك أسباب جدية تحول دون مواصلة أداء مهمتـه على أكمل وجه.

وبعد تشكيل المحكمة التحكيمية، تبدأ هذه المحكمة في مباشرة مهمتها. ولكن حتـى تباشر هذه المهمة، فلا بد أن تكون مختصة بالنظر في النزاعات المعروضة أمامها. تؤكد كل الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي هي موضوع دراستنا بدون إستثناء على أن المحكمة التحكيمية تفصل في الإختصاص الخاص بها (799). وهو ما يعرف الآن بمبدأ " إختصاص الإختصاص" La compétence de la compétence (800). وهو عبارة عن نقل لمبدأ إجرائـي هو مكرس منذ مدة في القانون الداخلي يخول بمقتضاه للقاضي الوطني السـلطة فـي أن يفصل في إختصاصه. وقد وجدنا إمتدادا لهذا المبدأ في إتفاقية جنيف لسنة 1961 (مـادة 7 فقرة 3 من الإتفاقية). وفي إتفاقية " كنودسي" (مادة 8 فقرة 2 ومادة 16 من الإتفاقية). ولكن ماذا يعني هذا المبدأ بالضبط، وهل يجوز الإعتراض عليه ؟ إن قاعدة "إختصاص – الإختصاص" تعني قبل كل شيء، أن المحكمة التحكيمية يمكن أن تصدر قرارا تعلن فيـه إختصاصها أو عدم إختصاصها. من جهة أخرى، عادة مـا يـربط الفقهـاء بـين مبـدأ "إختصاص – الإختصاص" وقاعدة إستقلالية إتفاقية التحكيم. بمعنى، أنه إذا لحق أي عيب بالعقد الأصلي وصدر قرار بإبطاله، فلا يمكن أن يمتد هذا الإبطال إلى إتفاقيـة التحكـيم وبالنتيجة، إلى إختصاص المحكم وإلا فقدت هذه القاعدة أي أهمية لها (801). مـن جهـة أخرى، تنص كل من إتفاقية "أم جي" الدولية والعربية المنشأة للوكالة العربيـة لضـمان الإستثمار على أن هيئة التحكيم تفصل في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها. وهو مـا يطرح في الحقيقة تساؤلا حول نطاق إختصاص هيئة التحكيم. و بعبارة أخرى، هل أنها

---

(799) راجع المادة 41-1 من إتفاقية واشنطن والمادة 4 (و) من إتفاقية " أم جي" والمادة 4-1 مـن ملحـق الإتفاقيـة العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار والمادة 2-6 من ملحق الإتفاقية العربية الموحـدة لإسـتثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية. وعن طريق الإحالة راجع المادة 19 من الإتفاقيـة المغاربيـة لتشـجيع وضـمان الإستثمارات بين دول إتحاد المغرب العربي لسنة 1990. المراجع السابقة.

(800) V. M. Bedjaoui et A. Mebroukine, op cit, p. 886.

(801) V. à titre d'exemple, Dimolista. A, « Autonomie et Kompetenz – Kompetenz », Rev.arb, n° 2, 1998, pp. 305-357.

يجب أن تفصل فقط في المسائل المعروضة عليها وبالتالي، لا يمكن أن تتجاوز الحـدود المرسومة لهذا الإختصاص؟ إن إختصاص المحكمة لا يمكـن أن يكـون إلا إختصاصـا مقيدا. والدليل على ذلك، أنه طبقا للمادة 4 (و) من إتفاقية " أم جي" إذا ما أثير إعتـراض أمام هيئة التحكيم حول إختصاصها، فإنها تنظر في المنازعة "إسـتنادا إلـى إختصـاص مجلس الإدارة ومجلس المحافظين". وهو نفس المنحى الذي وجدناه مكرسا فيمـا يتعلـق باختصاص المحكمة التحكيمية في إطار الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضـمان الإستثمار. تنص المادة 35 فقرة 1 من هذه الإتفاقية، أنه في حال قيام نزاع بين الوكالـة العربية والدولة العضو وإذا ما أثيرت مسألة أولية تتعلق بإدخـال النـزاع فـي إطـار إختصاص المحكمة، فإن هذه المسألة ترفع إلى مجلس إدارة الوكالة تطبيقا للمادة 34 فقرة 1 من الإتفاقية. وإلى حين الفصل فيها، تتوقف كل إجراءات التحكـيم. ولكـن لا يجـوز للمجلس النظر في مسألة الإعراض على الإختصاص قبل أن تكون المحكمة التحكيمية قد تأكدت من جديته.

تجدر الإشارة إلى أن مبدأ "إختصاص – الإختصاص" هو مكرس أيضا مـن قبـل المرسوم التشريعي 93-09 وبالضبط في المادة 458 مكرر 7 فقرة 1. وبهذا، فقد تأكـد لناهنا وبصفة مطلقة إنسجام هذا المرسوم مع الإتفاقيات المتعددة الأطراف. ولكـن وفـي المقابل، فإذا كانت للمحكمة التحكيمية كامل الحرية في تقدير ما إذا كانت مختصة أو غير مختصة، فإنه من حيث المبدأ، يحق لأحد الطرفين أن يدفع بعدم إختصاص المحكمة. وهذا الدفع وجدناه في الإتفاقيات المتعددة الأطراف الدولية والعربية وكذلك في القانون الوضعي الجزائري **(802).**

---

(802) راجع المادة 4 (و) من إتفاقية " أم جي" والمادة 41 فقرة 2 من إتفاقية واشنطن والمادة 2 فقرة 6 مـن افتفاقيـة العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسنة 1980 والمادة 24 من إتفاقية عمان العربيـة للتحكيم التجاري الدولي للعام 1987. وبالنسبة للقانون الوضعي الجزائري، أنظر المادة 458 مكرر 7 مـن المرسـوم 93-09، المرجع السابق.

أما إذا رجعنا إلى الإجتهاد التحكيمي، فإننا نلاحظ أنه غني بالقضايا التي أثير فيها دفع بعدم الإختصاص. يكفينا في هذا المقام، أن نذكر ببعض القضايا التي عرفتها المحكمة التحكيمية التابعة لمركز" سيردي" أين أثير فيها بالمناسبة ثلاث دفوعات، دفع يتعلق بغياب رابطة تعاقدية مسبقة أو إتفاق تحكيمي مبرم مع مستثمر أجنبي.

بالنسبة للـدفع الأول، فيتعلـق الأمـر بالـدفع بعـدم الإختصـاص الشخصـي rationae personae كان قد أثارته أندونيسيا فـي القضـية المعروفـة بقضـية Amco-Asia سنة 1984 مستندة في ذلك، إلى أنها لم تكن على علم بجنسية الأشخاص الذين يمارسون رقابة غير مباشرة على الشركة المحلية المزمع إنشاؤها، وهم أشخاص أمريكيون عنـدما منحت موافقتها على طلب الإقامة la demande d'établissement وعلى الشرط التحكيمـي، مدعية في ذات الوقت أن الفرع هو شركة من القانون المحلي. إلا أن المحكمة التحكيميـة رفضت هذا الدفع المؤسس على عدم الإختصاص، مؤكدة على أنه ليس هنالك في إتفاقية واشنطن وخاصة في المادة 25 ما يدفع إلى الإعتقاد بأن هذه المادة تشترط شـكليا بنـدا صريحا يشير إلى أن الطرفين قد قررا معاملة شركة تحمل قانونيا جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع باعتبارها رعية دولة أخرى متعاقدة بفعل الرقابة الممارسة عليها. ذلك أنه حتى يمكن تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 25-2 (ب) من إتفاقية واشنطن، يجب أن يكون الشخص المعنوي الطرف في النزاع قانونيا رعية دولة أخرى متعاقـدة باعتبارهـا الطرف الآخر وأن تكون الدولة المتعاقدة على علم بأن الشخص المعنوي يوجـد تحـت رقابة أجنبية وأن يكون الطرفان قد إتفقا على معاملته كشخص معنوي أجنبي. كما قضت المحكمة من جهة أخرى، بأن مصطلح جنسية في إتفاقية واشنطن هو مصطلح كلاسـيكي ومنح الجنسية لشخص معنوي، يتبع القانون الذي تأسس في ظله أو قانون مكان التأسيس أو قانون المقر الإجتماعي للشركة. يكفي فقط أن يكون الشخص الذي يمارس الرقابة على الفرع المؤسس طبقا للقانون المحلي، رعية دولة متعاقدة حتى يصبح المركز مختصا طبقا للمادة 25 فقرة 2 (ب) من إتفاقية واشنطن السالفة الذكر.

أما القضية الثانية والتي صدر بشأنها قرار تحكيمي في 16 فيفري سـنة 1994، فهي القضية التي جمعت شركة Vacum Salt Product Limited ضد الدولة الغانية (803). فقد كان هذا القرار مخالفا تماما لما صرحت به المحكمة السابقة في قضية Amco-Asia، حيث جاء في العريضة التي قدمتها Tchacher Proffiland and Word باعتبارهـا ممثلـة للطالبـة Vaccum Salt products Limited أن هذه الأخيرة كانت ضحية لخرق فاضح لحقوقها التعاقدية بالإضافة إلى كونها كانت محل نزع تدريجي لحقوق كانت تملكها في إسـتغلال مقاولـة لإنتاج الملح ومنجم يوجدان بجمهورية غانا. كما أنها تدعي في عريضتها، أن الطـرفين في النزاع كان قد قبلا بتحكيم " سيردي" في إتفاق الترخيص الذي منحته جمهورية غانـا لفائدة شركة Vaccum.

إن العريضة أتت في الحقيقة لتبرر الإختصاص الشخصي rationae personae مـرة أخرى للمركز على أساس أن جمهورية غانا هي دولة طرف في إتفاقية واشـنطن وأنـه بالرغم من كون شركة Vaccum Salt هي مؤسسة تطبيقا لقانون الشركات الغـاني، إلا أن الطرفين قد قبلا من خلال إتفاق الترخيص المبرم بينهما سنة 1988 على أنه بمـا أن هذه الشركة هي مراقبة من قبل شخص ذي جنسية يونانية، فإنها يجب أن تعامل على أنها شركة أجنبية في معنى الإتفاقية. ولهذه الأسباب، فقد إلتمسـت الطالبـة مـن المحكمـة التصريح ببطلان الأعمال الغير قانونية التي أقدمت عليها الدولة الغانية والأمر بالإسترداد الكامل لحقوقها مع منحها وبصفة إحتياطية تعويضا جراء عدم إحترام الدولة الغانية لبنود العقد ونزعها لملكية شركة Vaccum، بالإضافة إلى الخسارة الماليـة وتفويـت فرصـة الإستثمار على التراب الغاني. إلا أن المطلوبة وهي الدولة الغانيـة رفضـت أن يكـون للمركز إختصاص للأسباب التالية: كون الطالبة هي شركة غانية ولم تكن قط تحت رقابة أجنبية ولم يكن هناك أي إتفاق بين الطرفين يجيز معاملة شـركة Vaccum Salt كرعيـة تابعة لدولة أخرى متعاقدة.

---

(803) Voir en détail cette affaire, in chronique des sentences arbitrales, Gaillard. E.J.D.I., 1985, p 162 et s.

إن قبول المحكمة التحكيمية للدفع بعدم الإختصاص المثار من قبل الطالبة، فإن المحكمة التحكيمية تكون بموقفها هذا قد إبتعدت عن القرارات التحكيمية الأولى في القضايا مثل Holiday Inns, Amco Klochner, Letec وهي القضايا التي تعرضنا إليها سلفا، معتبرة أن الرقابة الأجنبية لم تثبت إبان الرضاء بالتحكيم. وأن القرار كان من الممكن ألا ينظر في وجود رقابة أجنبية في تاريخ إيداع العريضة.

إن المحكمة قد أثبتت من خلال هذا القرار أنها تنتمي حسب قول أحد الفقهاء إلى المذهب الموضوعي courant objectiviste الذي يكرس قراءة صارمة للمادة 25 فقرة 2 (ب) لإتفاقية واشنطن (804). وهي بذلك، حسب رأينا، لا تتردد في التصريح بعدم إختصاصها للنظر في النزاع. ولهذا السبب، فإن الفقه بوجه عام، يرى أنه مهم جدا بالنسبة للأطراف الذين يلجؤون إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار أن يتأكدوا من توفر الشروط الموضوعية لإختصاصه.

وأخيرا، وكمثال للدفع بعدم إختصاص المركز، هو ذاك القرار الذي صدر بتاريخ 30 جوان سنة 1990 في قضية Asian Agricultural Product ضد جمهورية Sri Lanka عن المحكمة التحكيمية التابعة للمركز والذي قضت على أساسه بقبول عريضة كان قد تقدم بها مستثمر خاص من Hong Kong ضد حكومة Sri Lanka (805). باعتباره مساهم أقلية في مشروع لتربية الحيوانات. وقد إدعى هذا المستثمر أنه تضرر جراء تدخل للقوات المسلحة السيرالنكية من أجل تطويق جيب للمقاومة في المنطقة التي يستثمر فيها. إلا أنه خلافا لكل التوقعات، صرحت المحكمة بعد قبولها بالعريضة المقدمة من طرف المستثمر أنه لا توجد أية رابطة تعاقدية بين هذا المستثمر والدولة السيريلانكية ولا أي إتفاق تحكيمي مبرم بينهما. فالتماس المحكمة التحكيمية من قبل المستثمر قد تم بناء على المادة 8 من الإتفاقية الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بين جمهورية Sri Lanka والمملكة المتحدة و الموسعة لـ Hong Kong و تعليقا على هذا القرار، فقد رأى

(804) Gaillard. E : op cit, p. 172.
(805) Voir en détail cette affaire, in chronique des sentences arbitrales, Gaillard. E, JDI, 1991, p. 154. Voir Rambaud. P, « Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (sentence A.A.P.L.C c/gt Sri Lanka) in, A.F.D.I, 1992, p. 501 et s.

أحد الفقهاء أن إلتقاء الإرادتين، إرادة جمهورية سيريلانكا وإرادة المستثمر الأجنبي، قد تم، ليس بناء على إتفاق أبرم بين الطرفين، ولكن بناء على قرار المستثمر الإستفادة من عرض عام ودائم لإخضاع النزاع القائم بينه وبين شريكته السيرالنكية إلى التحكيم. وتبعا لذلك، فإنه لا يمكن – حسب نفس الفقيه – إعتبار المركز مختصا للنظر في مثل هذا النزاع (806). وعلى إثر تكوين المحكمة التحكيمية وتجاوزها لجميع المشاكل التي من الممكن أن تعيق إنشاءها، تأتي مرحلة السير في إجراءات التحكيم حتى تستكمل عملية التحكيم برمتها وصولا إلى الفصل في النزاع عن طريق إصدار قرار تحكيمي.

المبحث الثاني: سير التحكيم.

إذا كنا قد عرضنا للقواعد التي تحكم تشكيل محكمة التحكيم وأوضحنا كيف عالجت الإتفاقيات المتعددة الأطراف طرق تعيين المحكمين وحالة تخلف أحد الطرفين أو كليهما عن المساهمة في تشكيل المحكمة. بقي لنا أن نستعرض الآن سير التحكيم، بدأ من مرحلة السير في الدعوى التحكيمية L'instance arbitrale (المطلب الأول) وإنتهاء بالتوصل إلى إصدار قرار تحكيمي يجري به تسوية النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعوى التحكيم.

إن الشرطين الأساسين للسير في الدعوى هو تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والذي ستسير عليه الدعوى وكذلك القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

إن الأسئلة التي عادة ما تطرح على مستوى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هي: من يحدد هذا القانون وكيف ؟ ثم ماذا عن الإجراءات التحكيمية في حد ذاتها، وبعبارة أخرى ماهي القواعد التي تحكمها ؟ إذا رجعنا في الحقيقة ومن أول وهلة إلى إتفاقية " أم جي" لقرأنا في المادة 4 (هـ) منها، أنه " ما لم ينص في الملحق الثاني أو يتفق الطرفان على خلافه، تحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا الشأن بقواعد التحكيم الصادرة وفقا لإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول

(806) Burdeau. G : « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans les contentieux économiques intéressant les Etats » in, Rev.arb, 1995, p. 15.

الأخرى". إن هذا الحل الذي تقدمه هذه المادة يسمح بتفادي تحديد الإجراءات في جميـع جزئياتها. وبما أن قواعد الإجراءات المنصوص عليها من قبل لائحـة تحكـيم المركـز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار قد شملت كـل الإجـراءات فـي جميـع مراحلها، فيكفي فقط في هذا الباب أن يرجع المحكمون إلى هذه اللائحة لوضع الإجراءات حيز التنفيذ. ولكن، وبالمقابل وبالرجوع إلى اللائحة السالفة الذكر، فإننا نلاحـظ أن هـذه الأخيرة لا تلغي إرادة الطرفين في إختيار القواعد التي يجب أن تحكم الإجراءات. والدليل عن ذلك أن هيئة التحكيم التي ترجع إليها سلطة تحديد الإجراءات، يجب عليها أن تبحـث عما يريده الطرفان، تحسبا لأي مشكل قد يحدث في المستقبل، في غياب إتفاق صريح من قبل الطرفين المتنازعين على هذه الإجراءات. ولكن في جميع الأحوال، ما هـو القـانون الذي يحكم الإجراءات في ضوء الإتفاقيات المتعددة الأطراف الدولية والعربية ؟ ومادمنـا نتحدث عن إتفاقية واشنطن الدولية باعتبارها المرجع الأكثر تداولا، فإن القانون الواجـب التطبيق على الإجراءات المقامة أمام الهيئة التحكيمية والمؤسسة طبقـا لأحكامهـا، هـي مقتضيات الإتفاقية نفسها ما لم يتفق الطرفان على غير ذلـك. وهـذا يعنـي، أنـه مـع التنصيص صراحة على أن أحكام الإتفاقية هي الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أن إرادة الطرفين يجب أن تحترم لأنه من حق الطرفين أيضا أن يختارا عوضا عن لائحة المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار أي لائحة أخرى، شريطة فقط، أن تكون هذه اللائحة محل إتفاق بين الطرفين. إلا أن إتفاقية واشنطن بقدر ما تمنح الحريـة الكاملة للطرفين في أن يختارا القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فهي أيضا تسمح في المقابل للمحكمين بتحديد هذا القانون في غياب أي إختيار صريح أو ضمني للطـرفين لهذا القانون. إلا أن الشيء الملفت للإنتباه أننا لم نعثر على هذا التوجه الليبرالي لإتفاقيـة واشنطن في الإتفاقيات العربية (الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 وكـذلك الإتفاقيـة العربية لسنة 1971 والمنشأة لوكالة العربية لضمان الإستثمار). باعتبار أن هذه الإتفاقيات هي إتفاقيات إقليمية. فهاتان الإتفاقيتان تمنحان هيئة التحكيم السلطة المطلقة في تحديد

إجراءات التحكيم بنفسها بدون الرجوع في ذلك إلى إرادة الطرفين (807). ولكن المحكمـة بوجه عام في تحديدها للإجراءات،هل لها قانون تستند إليه في تحديدها لهذه الإجراءات ؟ وإن كان فعلا موجودا، فما هو هذا القانون ؟ تجدر الإشارة، إلى أنه فـي إطـار لائحـة تحكيم " سيردي" تتصف الإجراءات بكونها تتمتع بالإستقلالية (808). وبمعنى آخر، أنـه لا يحكمها أي قانون وطني، بما في ذلك قانون مكان التحكيم. من جهة، يعني قبول الطرفين بلائحة تحكيم " سيردي" أنهما سيجدان فيها القواعد التي تستجيب لتساؤلاتهما دون الحاجة إلى اللجوء إلى أي قانون آخر أو حتى الرجوع عند الضرورة إلى المحاكم الوطنية، لأنه مبدئيا، وبإعتراف الفقيه Délaume، فهي إجراءات تكفي لوحدها. ثم أن مجرد القبول بهـا سيؤدي في النهاية إلى أن أي محكمة وطنية إذا ما إلتمسها أحد الطرفين من أجل تحديـد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، يجب أن تصرح بعدم إختصاصها. ولكن من جهة أخرى، القول بأن المحكمة التحكيمية هي التي تحدد الإجراءات بنفسها، فهـذا لا يجب أن يفسر على أنه غلق للباب أمام الطرفين لإختيار لائحة تحكيم أخرى غير لائحـة تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار أو إختيار بعض فقـط مـن أحكام هذه اللائحة أو حتى تكملتها عند اللزوم لوجود نقائص فيها، قد لا تظهـر إلا عنـد السير في إجراءات التحكيم (809).

ولكن الملاحظ، أننا لم نجد على مستوى الإتفاقيات العربية نفـس الحـرص لـدى محرري إتفاقية واشنطن على منح الطرفين المتنازعين حرية إختيار اللائحة التي يريدان، باستثناء الإتفاقية المغاربية (810). إلا أنه في جميع الحالات، سواء أكـان الطرفـان همـا اللذان يختران القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو المحكمون، فإنـه لا بـد وأن يأخذوا في عين الإعتبار القوانين الآمرة لمكان التحكيم. إلا أنه مع الإتفاق على لائحة

---

(807) راجع المادة 2-6 من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسنة 1980 والمـادة 4 (ه) من ملحق الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار لسنة 1971.

(808) Delaume. G, « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I), la pratique du C.I.R.D.I », in J.D.I, 1982, p. 809.

(809) Voir Audit. B : « L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat », in Cours A.D.I de la Haye. 1987, p. 62.

(810) راجع المادة 19 من الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمارات بين بلدان المغرب العربي.

المختارة في مثل هذه الحالة، تنص المادة 44 من إتفاقية واشنطن على أن تتولى المحكمة الفصل فيها "على نحو ما تراه ملائما" ولكن، ماذا تعني هنا عبارة " ... على نحو ما تراه ملائما" ؟ في الحقيقة، يستفاد من قرائتنا لهذه العبارة أن المحكمين السـلطة فـي إتخـاذ الإجراء الذي يرونه يتناسب والمسألة المثارة، سواء بالرجوع إلى قانون وطنـي لأحـد الطرفين أو لأي قانون آخر. أما إذا وقع الإختيار على قانون وطني للإجـراءات لأحـد الطرفين، فإنه يعد حسب نظرنا، تمييزا وإمتيازا تقدمه المحكمة علـى حسـاب الطـرف الآخر. ولذا، فالأحسن هو إعتمادها على قانون محايد تسوي من خلاله المحكمة المسـألة الإجرائية المثارة. وقد يكمن الحل في أخذ المحاكم التحكيمية بقانون مكان التحكيم كقانون واجب التطبيق على الإجراءات، بالرغم ما لهذا الإختيار من عيوب لكونه يعد – حسب بعض الفقهاء – منبت الصلة بالنزاع المطروح أمام المحكمة، حتى وإن كانت قد عملت به ومنذ مدة، المحاكم التحكيمية في بعض القضايا المتعلقة بالإستثمارات في المجال البترولي (811). ولكن هذا الحل، حتى وإن جاز إعتماده، فأغلب الفقهاء يجمعون علـى أن معيـار مكان التحكيم تحديدا لم يعد له القيمة التي كان يتمتع بها. ودليلهم في ذلك، هو أنـه منـذ التطبيقات الأولى لهذا المعيار، فقد شهد الإجتهاد التحكيمي تطورا نوعيا في إتجاه صياغة الإجراءات تقوم على أسس أخرى. إما عن طريق الرجوع إلى قانون وطني وهو الأنسب في نظرنا، حتى وإن كان لا يحقق التوازن بين مصالح الطرفين في النزاع، وإما الإحتكام إلى قانون عبر وطني الأكثر حيادية مقارنة بالقوانين الوطنية لأحد طرفي النزاع.

يرى المحكم محمصاني بتاريخ 12 أفريل سنة 1977 في قضـية Liamco ضـد الحكومة الليبية، أن على المحكم في إدارته للإجراءات التحكيمية أن يستهدي فـي ذلـك بالمبادئ العامة التي يتضمنها مشروع الإتفاقية حول الإجراءات التحكيمية والتي أعـدتها لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة سنة 1958 (812). وفي نفـس الإتجـاه ارتكـز المحكم Dupuy في القرار الذي أصدره بتاريخ 19 جانفي سنة 1977 في القضية التي

(811) Stern. B : « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitre international », in Rev. arb, 1980, n° 3, spéc, p. 8 et s.
(812) Ibid, p. 12.

جمعت شركة Texaco-Calasiatic والحكومة الليبية على قواعد القانون الدولي ليحدد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات (813). ولكنه وكما سبق وإن ذكرنا – فإن المحكمـين لا يمكن لهم أن يستبعدوا القواعد الآمرة وهم يحـددون القـانون الواجـب التطبيـق علـى الإجراءات. ونرى أن هذه القواعد ستشكل الحدود المفروضة على المحكمين والأطـراف على حد سواء، لدى تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وفي الواقع، فأول عقبة تعترض تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو وجـوب إحتـرام النظام العام لقانون دولة صدور القرار التحكيمي وإلا أصبح هذا القرار موضـوع طعـن بالإبطال لسبب بسيط، هو عدم إحترام هيئة التحكيم للمبادئ الأساسية التي تقـوم عليهـا الإجراءات والتي على أساسها صدر القرار التحكيمي. وهذا الخرق يمكن أن يشـكل فـي النهاية سببا كافيا لإبطال القرار أولا، في دولة الصدور، وثانيا، إلى عدم منحه الصـيغة التنفيذية في الدولة المطلوب فيها التنفيذ الجبري لهذا القرار. وبناء عليه، فإنه يجب علـى المحكمين أن يراعوا عند إصدارهم للقرار التحكيمي النظام العام الإجرائي l'ordre public procédural للدولة المطلوب فيها التنفيذ لاحقا (814).

بالنسبة للمرسوم التشريعي 93-09، فهو لا يتخلف عن باقي الإتفاقيات المتعـددة الأطراف التي تعرضنا إليها. إنه يمنح هو أيضا الحرية للأطراف في أن يحددوا القـانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم. ولا تتدخل المحكمة إلا في حال غياب أي إختيار لهذا القانون. وهكذا وطبقا للمادة 458 مكرر 6 من المرسـوم السـالف الـذكر، يمكـن للأطراف أن يحددوا في إتفاقية التحكيم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكـيم، إما بالرجوع إلى قانون وطني أو إلى نظام تحكيمي معد سلفا pré-établi . إن منح حريـة إختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات للأطراف طبقا للمادة 458 مكرر 6 مـن المرسوم هو تكريس في الواقع لمبدأ معترف به في العديد من القوانين الوطنية، ألا وهو

(813) La sentence a été partiellement reproduite in J.D.I, 1977. 350 avec un commentaire de J.F. Lalive : « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères », p. 319 et s, voir également, Rigaux. F : « Des dieux et des héros. Réflexion sur une sentence arbitrale ». Rev. Crit. D.I.P. 1978.435.
(814) Fouchard. Ph, Gaillard. E et Goldman. B, Traité de l'arbitrage commercial international, L.G.D.J. Paris. 1997, p. 662.

مبدأ سلطان الإرادة (815). لم يتعرض المشرع إلى معيار مقر التحكيم الذي لـم يعـد لـه الفعالية التي كان يخطى بها في السابق. مما يعني، أنه إذا جرى التحكيم في الجزائر، فهذا لا يعني بالضرورة أن القواعد الإجرائية الوطنية هي التي ستطبق على التحكـيم. وهـذا التدويل في القواعد الإجرائية لا يمس في الواقع بالنظام العام الإجرائي الـوطني، إلا إذا كان هناك مساس بمبدأ المساواة بين الأطراف أو بمبدأ المواجهة principe du contradictoire وكذلك بمبدأ حق الدفاع. وهي مبادئ يشترك فيها المرسوم التشـريعي مـع الإتفاقيـات المتعددة الأطراف. وهذه الوحدة في الإشتراك، ما هي في الحقيقة إلا تعبير عـن وجـود ضمني لنظام عام دولي إجرائي. وأنه، إذا كان هنالك إخلال بهذا النظام في أحد مبادئـه الأساسية التي ذكرناها، فإن إتفاقية التحكيم المبرمة بين الطرفين في العقد تصـبح باطلـة على المستويين، القانون الداخلي والدولي على حد سواء. يبقى أن نشير، إلى أنه لا يمكن أن تتدخل المحكمة التحكيمية لتحديد القانون الواجب التطبيق علـى الإجـراءات سـواء مباشرة أو بالرجوع إلى قانون وطني أو إلى لائحة تحكيم تابعة لمؤسسة تحكيمية دائمـة، إلا إذا لم يحصل إتفاق بين طرفي النزاع في خصوص القانون الواجب التطبيـق، سـواء قبل نشوب النزاع أو بعده. وهذا يعني بالنتيجة، أن المبدأ هو أن إختيار هذا القانون يرجع أولا وأخيرا إلى إرادة الطرفين وأن تدخل المحكمة التحكيمية هو الإستثناء. أما وقد تأكـد للمحكمة حقها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، في غياب أي إختيـار آخر للطرفين، جاز لها أن تختار من القواعد الإجرائية ما تراه ملائما. وقد تكـون هـذه القواعد وطنية أو دولية. ولكننا نلاحظ في هذا الباب، أنه لا يلتقي المرسوم التشريعي مع الإتفاقيات الدولية والعربية التي محالها ضمان الإستثمار، عندما أقرت هذه الإتفاقيـات – مثلما نعلم – بسلطة المحكمة التحكيمية في تحديد إجراءاتها بنفسها بدون الرجوع إلى إرادة الطرفين في النزاع (816).

---

(815) Voir à titre d'exemple Mezoui. K. et Mezoui. A : « Le code tunisien de l'arbitrage », Rev. arb, 1993, n° 4. p, 532 : El Ahdab. A.H : « La nouvelle loi de l'Etat des Emirats Arabes Unies », Rev. arb, 1993, n° 2, p. 241.

(816) راجع المادة 4 (ه) من إتفاقية " أم جي" والمادة 1 (هـ) من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالـة العربيـة لضـمان الإستثمار والمادة 2-6 من الإتفاقية العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسـنة 1980، المرجع السابق.

ولكن ماذا الآن عن سير الإجراءات التحكيمية في حد ذاتها ؟ تجدر الإشارة إلى أن الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية أو جهوية، فهي تقوم في تنظيمها للإجراءات على قواعد تكاد تكون موحدة. ويمكن تصنيف هذه القواعد التي جاءت بها هذه الإتفاقيات إلى فئات محددة. الفئة الأولى، وهي تلك المتعلقة بالأدلة. والفئة الثانية من القواعد، فهي تلك المرتبطة بإجراءات عدم المثول la procédure par défaut والفئتين الثالثة والرابعة وهي التي تنظم الطلبات الإضافية والعارضة والمقابلة وكذلك الإجراءات التحفظية والمؤقتة. بالنسبة للأدلة، فكل الإتفاقيات تتفق على أنه ما دام هناك نزاع وطرفي نزاع وإدعاءات فلا بد من أن تستند هذه الإدعات إلى أدلة. وهذه الأخيرة تعد جزءا لا يتجزأ من الإجراءات التي يديرها المحكمون. وهذه الأدلة، قد تأخذ شكل وثائق أو ما يعرف أيضا بالمستندات، وقد تأخذ شكل تحقيقات تجرى في عين المكان. تنص المادة 43 من إتفاقية واشنطن على أن للمحكمة – ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك – "ومتى قررت ذلك ضروريا" أن تطلب من طرفي النزاع، سواء الدولة أو الشركة المستثمرة أن يقدما "كافة الوثائق" أو "وسائل إثبات أخرى" ولكن ما المقصود بوسائل إثبات أخرى هنا ؟ إنه يقصد بها تقارير الخبرة والسماع إلى شهادة الشهود ومواجهتهم. وهذه التدابير الأخيرة هي ما نصت عليها المادة 1 (ز) من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار، مع هذه الميزة التي تتميز بها الإتفاقية العربية، وهي أنه مع أخذها بهذه التدابير إلى جانب المذكرات التي يقدمها الطرفان في شكل تقارير مدعمة بالوثائق الثبوتية، فهي تؤكد على وجوب أن تسمح المحكمة " لجميع الأطراف بفرصة عادلة" سواء عند " تقديمهم للمذكرات" أو عند " الإدلاء بأقوالهم". إن التأكيد هنا من جانب الإتفاقية العربية على منح الطرفين نفس الفرصة للإتيان بما يدعم إدعاءاتهما كتابة وأقوالا. فالقصد منه، هو ضمان حق الدفاع لكل منهما بصفة متساوية. أما عبارة " وسائل إثبات أخرى" التي وردت في إتفاقية واشنطن فهي تعني، أنه بإمكان المحكم أن يأمر بفتح تحقيق وحتى الإنتقال إلى عين المكان، لأنه يعد وحده الكفيل بقبول وتقدير القيمة القانونية بكل مستند يقدمه أحد الطرفين تدعيما لإدعاءاته. وإن كان يعاب على هذه الإتفاقية مبالغتها في إخضاع تدابير التحقيق ووسائل الإثبات الأخرى إلى إرادة الطرفين لما إستعملت عبارة " وما لم يتفق الطرفان

على غير ذلك" (817). إننا لا نملك إلا أن نناسد هذا الرأي، لأن التحقيق تمليه ضرورة الكشف عن الحقيقة ولا يمكن والحالة تلك أن ترتبط بإرادة الطرفين، لأن القبول بهذا المبدأ هو الحد ولو بطريقة غير مباشرة من سلطات المحكم الذي يبقى في مثل هذه الظروف رهينا لرغبة طرفي النزاع. نفس الإختصاص في مجال تقديم الأدلة هو ممنوح للمحكم في إطار المرسوم التشريعي 93-09 الخاص بالتحكيم التجاري الدولي. وهكذا فطبقا للمادة 458 مكرر 10 تباشر المحكمة التحكيمية بنفسها الأدلة.

ولكن يختلف هنا الأمر عن بقية الإتفاقيات المتعددة الأطراف، وهو أنـه إذا كـان تقديم الأدلة في هذه الإتفاقيات تعد من صميم إختصاص المحكمة التحكيمية بدون منـازع ولا حاجة لها بأي هيئة خارجية منافسة لها، فإن هذه السلطة في ظل المرسوم التشـريعي لا تختص بها المحكمة التحكيمية بصفة حصرية بل تشاركها فيها هيئة أخـرى ألا وهـي السلطة القضائية، ولكن ليس كسلطة بديلة عن المحكمة التحكيمية، بل كهيئة مساعدة لأنه في جميع الأحوال لا تتدخل هذه الهيئة بصفة آلية ولكن " عند الضرورة" فقط (818). وحتى في هذه الحالة، فإن اللجوء إلى مساعدة السلطة القضائية يبقى أمرا جوازيا وليس وجوبيا. ودليلنا في ذلك، أن المادة 458 مكرر 11 قد إستعملت فعل " يجوز" وليس " يجب". ممـا يؤكد أن طلب المساعدة هو متروك للسلطة التقديرية للمحكمة. والقاضي المطلـوب منـه المساعدة هنا، هو رئيس المحكمة وفقا لأحكام المادة 458 مكرر 2.

أما فيما يتعلق بالفئة الأخرى من القواعد الإجرائية ألا وهي الإجراءات التي يمكن إتخاذها في حالة عدم المثول، فالسؤال يبقى مطروحا فيما إذا كان تخلـف أحـد طرفـي النزاع عن الحضور من شأنه أن يعرقل إجراءات التحكيم. وما موقف المحكم إذا حـدث فعلا أن أحدا من المتخاصمين لم يرد الإستمرار في الإجراءات ؟ في الحقيقة، ما لم يتفق الطرفان على الإنسحاب من إجراءات التحكيم Le retrait de la procédure d'arbitrage ، فإنه

(817) Amadio. M : le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965. L.G.D.J. 1967, p. 209.

(818) راجع المادة 458 مكرر 11 من قانون الإجراءات المدنية.

يتضح من خلال المادة 45 من إتفاقية واشنطن أن أحد الطرفين في النـزاع، الدولـة أو المستثمر الأجنبي، يمكن أن يتغيب عن الحضور ويمتنع عن تقديم أوجه دفاعـه فـي أي مرحلة من مراحل الخصومة. وهنا، نكون بذلك أمام حالة عدم المثـول La procédure par défaut . وبالنتيجة، وكرد فعل عن هذا التغيب أو هذا الإمتناع، يجوز للطرف الآخـر أن يطلب من المحكمة التحكيمية الإكتفاء بما تم وإصدار حكمها في الموضوع. إلا أنه، وطبقا لمبدأ توافر الفرص العادلة لتقديم كل طرف لمذكراته وإلا دلاء بأقواله ولحق الدفاع الذي يجب أن يكون مكفولا لكل منهما، فإن إتفاقية واشنطن وخلافا لسكوت الإتفاقيات الإقليمية العربية الأخـرى عن هذه الحالة (الإتفاقية العربية لضـمان الإسـتثمار لسـنة 1971 والمغاربية لسنة 1990 والتي إكتفـت بإحالـة المسـألة إلـى هيئـات التحكـيم المتخصصة)، فقد أكدت على أنه أولا: لا يمكن إعتبار تخلـف أحـد الطـرفين تسـليما بإدعاءات الطرف الآخر. وثانيا: حتى وإن تخلف هذا الطرف أو ذاك، فإنه يجـب علـى المحكمة أن تخطر الطرف الآخر بالطلب الذي تلقته من الطرف الذي حضر، مع إعطاء مهلة للطرف المتخاف حتى يتدبر الأمر، إلا إذا تراَ لها، أن الخصم المتغيب لم تكـن لـه النية في أن يحضر وحتى الإستمرار في الإجراءات.

ويستفاد مما سبق ذكره، أن حقوق الطرف المتغيب في الدفاع عن إدعاءاته تبقـى محفوظة لأنه لا يمكن أن يصدر قرار غير مشمول بدفع الطرف الآخر (819). بل وذهبت الإتفاقية بعيدا، لما أوجبت على المحكمة قبل الفصل في الموضوع، أن تعطـى للطـرف المتغيب مهلة حتى تتأكد من نيته في الحضور أصلا أو في عدم السير فـي الخصـومة. وخير مثال على ذلك، القضية التي جمعـت بـين شـركة Saphire Pétroleum والشـركة الإيرانية (N.I.O.C) حيث أصدر المحكم الوحيد في هذه القضية قرارا تحكيميا غيابيا علـى أساس أن الشركة الإيرانية (N.I.O.C) لم تمثل أمام المحكمة. وفي الحقيقة، لم يقـم هـذا المحكم سوى بتطبيق المادة 41 فقرة 8 من الإتفاق المبرم بين الطرفين والذي ينص على "أن غياب أو عدم مثول أحد الطرفين لا يمكن أن يمنع أو يعرقل إجراءات التحكيم في أي

(819) راجع المادة 4 فقرة 1 من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار والمـادة 2 فقـرة 7 مـن الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980.

مرحلة من مراحلها" (820). وهو السبب الذي دفع بالمحكم إلى أن يصدر قراره الغيابي ضد شركة (N.I.O.C). إن غياب هذه الشركة الأخيرة عن الحضور كـان كافيـا لأن يصـدر المحكم الوحيد هذا القرار بدون أن يكون ملزما خلافا لما جاء في المادة 45 من إتفاقيـة واشنطن بأن يمنح الطرف الآخر مهلة للمثول. وفي هذه القضية، لم يقم المحكـم سـوى بتطبيق ما أتفق عليه، حتى وإن كان للمحكم سلطة تقدير ما إذا كان التخاف عن الحضور أو الإمتناع عن مواصلة الإجراءات قد تم لأسباب جدية وموضوعية أم لا. بالنسبة للتحكيم الدولي المنظم طبقا للمرسوم 93-09، فليست هنالك مادة تشير إلـى حالـة التخلـف أو الإمتناع عن مواصلة السير في إجراءات التحكيم، فضلا عن النتائج التي يمكن أن تترتب عن هذا الإمتناع و هذا التخاف. إلا أنه وطبقا للمادة 458 مكرر 6 فقرة 2 التـي تجيـز للأطراف إخضاع الإجراء التحكيمي إلى قانون للإجراءات يختاره الأطراف بأنفسهم. ففي هذا السياق فقط، نعتقد أنه إذا جاز للطرفين أن يختارا قانون الإجراءات المدنية الجزائري كقانون يحكم الإجراءات التحكيمية، فإنه بالرجوع إلى هذا القانون، نجد أن الوضع يختلف بحسب الشخص الممتنع، سواء أكان في موقع المدعي في التحكيم أو المدعى عليه. فـإذا كان الإمتناع صادرا عن المدعي، فإن القضية مآلها السقوط. أما إذا كان المدعى عليه هو المتخاف عن الحضور، فيمكن للمحكم أن يصدر حكما غيابيا.

أما بالنسبة لبقية الإجراءات، كالطلبات العرضية والمقابلة أو الإضـافية، وخلافـا للإتفاقيات العربية والمغاربية التي إكتفت بالتنصيص على حرية المحكمـة فـي تحديـد الإجراءات الخاصة بها (821). فإن إتفاقية واشنطن الدولية كانت واضـحة بالنسـبة لهـذه النقطة بالذات، بما فيه الكفاية عندما أعلنت أن على المحكمة ما لم يتفق الأطراف علـى غير ذلك، أن تفصل في جميع الطلبات، سواء أكانت عرضية أم إضافية أو مقابلة بشرط أن تكون لهذه الطلبات علاقة مباشرة بموضوع النزاع (822). مما يعني بمفهوم المخالفـة، انه لا يجوز للمحكمة أن تفصل في طلبات ليست لها علاقة بموضوع النزاع أو أن تكون

(820) Clause rapportée par Amadio. M, op cit, p. 209.

(821) أنظر المادة 4 فقرة 1 من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإسـتثمار والمـادة 2 فقـرة 6 مـن الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980.

(822) راجع المادة 46 من إتفاقية واشنطن للعام 1965 والمنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات. المرجع السابق.

لها فقط علاقة غير مباشرة به. ولكن ماذا الآن عن الفئة الأخيرة من الإجراءات التي قـد تقدم عليها الهيئة التحكيمية ألا وهي الإجراءات التحفظية. تنص المادة 47 مـن إتفاقيـة واشنطن على أنه "ما لم يتفق على غير ذلك، يجوز للمحكمة متى قـدرت أن الظـروف تتطلب ذلك، أن توصي بكافة التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقـوق الأطراف". أولا، يتضح من هذه المادة أن المحكمة التحكيمية يمكن لها ومن تلقاء نفسـها ومتى كان ذلك ضروريا، أي تبعا للظروف المحيطة بالقضية أن توصي بإتخاذ التـدابير التحفظية. وقد إستعملت المادة هنا كلمة "محكمة" وليس رئيسها. بالإضافة إلى تأكيدها على أنه يمكن إتخاذ هذه التدابير ما دامت تستهدف فقط المحافظة على حقـوق الأطـراف لا غير، لأنه وكما نعلم، ومن حيث طبيعة هذه التدابير، فهي مجرد تدابير مؤقتة وإحترازية ولا تمس بأصل النزاع (823). ثانيا، لقد إستعملت المادة 47 وهـي تـتكلم عـن السـلطة المخولة للمحكمة للقيام بهذه التدابير، فعل " توصى" عوضا عن أفعال أخرى مثل "يجـب" أو "يمكن".

وهذا يعني، أن قرار المحكمة لن تكون له بأي حال من الأحوال صفة الإلزام إزاء أي طرف من الأطراف. كما أن هؤلاء ممكن أن يتفقوا على عدم منح هذا الإختصـاص للمحكمة. وبذلك تصبح المحاكم الوطنية وحدها المؤهلة لأن تأذن بإتخاذ مثل هذه التدابير. وهو الإتجاه الذي ذهب إليه القانون الفرنسي الذي يعتبر أن الإجراء التحفظي هـو مـن الإختصاصات التي تتفرد بها المحاكم الفرنسية بدون منازع. وإن كان هذا القانون وهـو يتكلم عن هذه التدابير، فهو يميز بين نوعين من التدابير، التدابير المؤقتة أو التحفظية التي هي من إختصاص المحاكم الوطنية والتدابير التي تتطلب تقديرا في الموضـوع والـذي يكون فيها القاضي الوطني الفرنسي غير مختص (824).

---

(823) Ouakrat. Ph : « L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : étude générale » in D.P.C.I, 1988, T. 14, n° 2, pp. 267-271.
(824) Cass. civ, 14 mars 1984, Eurodif 2ème espèce, J.C.P 84, II, 2025, conc, Gulp, note Synret ; Rev. arb 1985, note Couchez. Voir aussi les observations de E.Gaillard sous Rennes, 2ème Ch. 26 oct 1984. Clunet, 1985, p. 934 s.

من جهة أخرى، تمنع المادة 26 من إتفاقية واشنطن اللجوء إلى المحاكم الوطنيـة قصد إتخاذ تدابير في وجود إتفاقية للتحكيم. وعليه، فهي تلتقي مع المادة 47 مـن نفـس الإتفاقية التي تمنح المحكمين السلطة في أن يوصوا بإتخاذ تدابير تحفظية بدون أن تنافسهم في ذلك أي محكمة وطنية. وهو الإتجاه الذي أخذت به محكمة الإستئناف بـ Rennes في قرارها الصادر في تاريخ 26 أكتوبر سنة 1984 وهي بصدد الفصل في القضـية التـي جمعت شركة Atlantic Triton بجمهورية غينيا (825). إلا أن محكمة النقض الفرنسـية قـد إنتقدت هذا القرار، على أساس أن المادة 26 من إتفاقية واشنطن " لم تكن تهدف إلى منع اللجوء إلى القاضي الوطني من أجل طلب تدابير تحفظية هي مقررة سلفا من أجل تنفيـذ القرار التحكيمي المزمع إتخاذه" (826). كما أن المادة 39 من لائحة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار قد وضعت شروطا والتي بواسطتها يمكـن لأحد الطرفين، سواء الدولة أو المستثمر الأجنبي أن يطلب من المحكمة التحكيمية أن تتخذ تدابير من شأنها المحافظة على حقوقه.

إلا أن الحذر الذي يبديه غالبا المحكمون في إستعمال كامل سلطاتهم لإتخاذ تدابير من هذا الحجم قد وجد بصمات له في العديد من القضايا، من بينها القضية التـي كـان طرفيها شركة Holiday Inns والمملكة المغربية. فالحكومة المغربية في هذه القضية كانـت قد بادرت بالتماس المحكمة الوطنية بالمغرب من أجل الحصول على بعض التدابير. ولكن وعلى إثر الإحتجاج الذي تقدمت به شركة Holiday Inns لدى المحكمة التحكيميـة، جـاء قرار هذه الأخيرة، ليؤكد مرة أخرى، أن على الطرفين الإمتناع عـن طلـب أي تـدبير أحادي الجانب من شأنه أن يعيق وبصفة نهائية تنفيذ إلتزاماته إزاء الآخر، مذكرة الطرفين أن سلطة إتخاذ مثل هذه التدابير تعود إلى المحكمة التحكيمية بالدرجة الأولـى، تطبيقـا للمادة 47 من إتفاقية واشنطن. وانتهت المحكمة إلى دعوة الطرفين إلى التعاون من أجـل المحافظة على زخم الإستثمارات بينهما (827). ونفس المصير تقريبا، لقيته القضية التي

(825) J.D.I, 1984. 925, note. E. Gaillard, Rev.arb, 1985, p. 439 note G. Flécheux.
(826) Cass. 1ère civ, 18 nov 1986, J.D.I, 1987. 125, note E. Gaillard; Rev.crit. D.I.P, 1987. 760, note B Audit ; Rev.arb 1987. 315, note G. Flécheux.
(827) Holiday Inns / occidental Pétroleum c Maroc. Décisions rendues le 2 mai et le 1er juillet 1974. Commentaire Rambaud. P: « Premiers enseignements des arbitrages du C.I.R.DI », A.F.D.I, 1982, p. 471 et s. Cette affaire a été reglée à l'amiable en août 1978.

جمعت شركة AGIP بجمهورية الكونغو. فقد أمسكت هذه الأخيرة بوثائق تتعلق بالإستثمار بعد عملية التأميم التي أقدمت عليها. ولمواجهة هذا المشكل، أوصت المحكمة التحكيمية خلال إحدى مراحل الإجراءات المقامة أمامها بالمحافظة على هذه الوثائق وذلك بإعداد جرد بها وإرسال جزء منها إلى المحكمة.

ولكن الشيء الذي إتضح فيما بعد، وهو أن الحكومة الكونغولية لم تستجب لهذه التوصية، بل ولم تحترم القرار الصادر عن المحكمة التحكيمية في هذا الشأن بالذات، والقاضي باتخاذ كل التدابير للمحافظة على هذه الوثائق (828). الذي يعيننا في هذا الجانب، هو أنه بالرغم من أن المادة 47 السالفة الذكر من إتفاقية واشنطن تعطي السلطة للمحكمة التحكيمية من أجل أن توصي بالإجراءات التحفظية، فهذا لن يمنع الأطراف من أن يلجؤوا ولنفس الغرض إلى المحاكم الوطنية.

ولوضع نهاية لهذا التناقض بين المبدأ والممارسة، فقد عدلت المادة 39 من إتفاقية واشنطن وكان ذلك في 26 سبتمبر سنة 1984 وأضيفت إليها فقرة 5 جديدة تنص صراحة على أنه " لا تمنع أحكام هذه المادة إذا ما وافق الأطراف على ذلك ... من أن يطلبوا من أي هيئة قضائية أو هيئة أخرى، الأمر بإجراء تدابير تحفظية، سواء قبل إفتتاح الدعوى أو خلالها، من أجل المحافظة على حقوقهم ومصالحهم". وبهذه الطريقة، تصبح المحاكم الوطنية شريكا على قدم المساواة مع المحاكم التحكيمية في إتخاذ التدابير التحفظية التي تمليها ظروف القضية ومتطلبات الإستثمار.

أما على مستوى العالم العربي، فالمبدأ الذي كرسته الإتفاقيتان العربيتان لسنتي 1971 و1980 هو منح المحكمين سلطات واسعة من أجل تحديد وإدارة إجراءات التحكيم. ولكن وخلافا لإتفاقية واشنطن، فإن المحكمة التحكيمية في ظل هذه الإتفاقيات هي التي تحدد بنفسها وبكل حرية القواعد التي تسير عليها إجراءات التحكيم دون تدخل لطرفي النزاع. فهي التي تضع مثلا القواعد التي تحكم طريقة تبليغ القرار التحكيمي

(828) AGIP. S.p.a c. Gouvernement de la République populaire du Congo, sentence rendue le 30 novembre 1979 par M.M.J. Trolles.F. Rouhani et R.J. Dupuy, publiée en langue française in R.CDIP, 1982, p. 21.

وكيفية تفسيره ومن تأمر بإتخاذ أي إجراء تراه مناسبا من بينها ما يسـمى بـالإجراءات التحفظية أو المؤقتة. وفي هذا الإطار، فهي تتمتع بإستقلالية مطلقة مع ضرورة أن تلتزم إلتزاما كاملا بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها إجراءات التحكيم والمعترف بها عالميـا، كمبدأ معاملة الأطراف بالتساوي ومبدأ إحترام حقوق الدفاع الذي أصبح الآن يفرض نفسه بقوة كقاعدة مادية دولية (829).

ولكن ماذا عن إنعكاسات هذا التوجه الدولي الجديد للنظام الإجرائـي فـي إطـار الإتفاقيات المتعددة الأطراف على القانون المنظم للتحكيم الدولي في الجزائـر فـي ظـل المرسوم التشريعي 93-09 ؟ في الواقع، لم يبتعد المشرع الجزائري عن التوجـه العـام الذي أخذت به مثلا إتفاقية واشنطن، إذ خول هو أيضا لطرفي النزاع إمكانية أن يطلبا من المحكم إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، بعدما أن كانت هذه التدابير من إختصاص القاضي الوطني.

ولكن مع إزدياد حالات إتخاذ مثل هذه التدابير، فقد أصـبح الإسـتعانة بالقاضـي الوطني أمرا لا مفر منه لنجاعة هذه التدابير. ولكن السؤال يبقى مطروحا، فيما إذا كـان بإمكان أحد طرفي النزاع، الدولة أو المستثمر الأجنبي، أن يطلب مباشرة مـن القاضـي الوطني إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية دون المرور عن طريق المحكم. فـي الواقـع، إذا رجعنا إلى فعل " يمكن " الموجودة في المادة 47 من إتفاقية واشنطن وهـي تشـير إلـى سلطة المحكمة التحكيمية في الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية ما لم يكن ما يخـالف ذلك. فهذا يعني، أن اللجوء إلى المحكمة في هذا المضمار يبقى مرهونا بـإرادة طرفـي النزاع. فقد منح المرسوم التشريعي 93-09 الطرفين إمكانيـة أن يطلبـا مباشـرة مـن القاضي الوطني الأمر بإجراء هذه التدابير، بما أن المادة 458 مكرر 4 فقرة 9 تشير إلى أنه في إستطاعة المحكم أو القاضي أن يقوم باتخاذها. ومن هنا، جاز لنـا أن نقـول، أن هناك تقاسم في الإختصاص بين المحكم والقاضي مع أخذها بمبـدأ سـلطان الإرادة فـي التوجه إلى هذه الهيئة أو تلك.

---

(829) Loquin. E, L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, Litec, Paris, 1979, n° 341.

ولكن سلطة المحكمة التحكيمية لا تقف عند تحديد القواعد الإجرائية في غياب تحديد مسبق لها من قبل الطرفين، بل لا بد أن تفصل في النزاع المعروض أمامها. وعليه، فالطرفان عادة ما يكونان مجبرين لدى تحريرهما لإتفاقية التحكيم أن يضعا القواعد التي تضبط سلطة المحكمة التحكيمية في الفصل في النزاع. وبديهي والحالة تلك، أن تبحث المحكمة عن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع حتى تفصل فيه. بالنسبة لهذا الجانب، يشكل مبدأ إستقلالية الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق وتدويل القواعد المنطبقة على موضوع النزاع القاسم المشترك بين مختلف الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء الدولية منها أو الإقليمية العربية وحتى المغاربية. لنبدأ أولا، بالإتفاقية المرجع La convention référence ألا وهي إتفاقية واشنطن. تنص المادة 42 من هذه الإتفاقية على أن " المحكمة تفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع. وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي المنظمة للمسألة". وقد تساءل الفقهاء عن الدور الذي يمكن أن يلعبه القانون الدولي في صورة إختيار الطرفين تطبيق قانون ما (830). وأنتهوا إلى أنه، بما أن المحكم الدولي لا يمثل دولة معينة ولا يصدر الأحكام باسم القاضي Il n'a pas de for. أو أي جهة كانت، فإن عليه أن يحرص على حماية " النظام العام الدولي"، وذلك باستبعاد أحكام القانون المختار التي تكون منافية لمبادئ هذا النظام وحتى إستبعاد القانون المختار برمته متى كان في مجمله مخالفا لهذا النظام (831). ولكن، هل يمكن أن يكون الأمر كذلك، إذا لم يختر الطرفان قانونا لتطبيقه على موضوع النزاع ؟

بالنسبة لإتفاقية واشنطن، فقد جاء في المادة 42 منها، كما سلف بيانه أن على هيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة المعنية بالنزاع، إلى جانب مبادئ القـانون الـدولي المتعلقة بالمسألة. و يبرر الفقه إختيار تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، الطرف في النزاع

(830) Hachem. M.L : "Le droit applicable au contrat d'investissement selon l'article 42 de la convention B.I.R.D », in R.T.D, 1992, p. 121

(831) Bernardini. P : « Les arbitrages pétroliers et le droit appliqué par les arbitres », in Acte du colloque Euro-arabe sur l'arbitrage dans les relations commerciales euro-arabes, chambre de commerce euro-arabe, Sousse, 24-27 septembre 1983, p. 29.

على موضوع النزاع، بحكم أن تنفيذ عقد الإستثمار يقع على أراضيها وبأن سكوت الطرفين في النزاع يعد قبولا منهما بتطبيق هذا القانون. ويشمل تطبيق قانون تلك الدولة قواعد القانون الدولي الخاص التابعة لذات القانون. إلا أن تبني الإتفاقية الدولية لنظام الإحالة من الممكن أن يؤدي إلى تعيين قانون غير قانون الدولة المتعاقدة، الطرف في النزاع. لقد تعرض هذا النظام إلى النقد، ذلك أنه علاوة على ما فيه من تعقيد لمنهجية البحث عن القانون الواجب التطبيق، فإنه قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير قانون الدولة المتعاقدة. وهو ما حدا بعديد الإتفاقيات الدولية إلى إقصاء نظام الإحالة بصفة صريحة وواضحة كإتفاقية لا هاي المؤرخة في 15 جوان سنة 1955. والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية. من جهة أخرى، نصت المادة 42 من إتفاقية واشنطن إلى جانب تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة على تطبيق القانون الدولي. وهو ما جعل الفقهاء يتساءلون عما إذا كان المقصود، هو تطبيق القانون الداخلي للدولة ثم تطبيق القانون الدولي كقانون مكمل لسد النقائص والثغرات الموجودة في القانون الداخلي، أم تطبيقهما معا. وقد أجاب المحكم Sauser Haull عن هذا التساؤل في قضية Aramco (ولو أن قراره لم يصدر في ظل إتفاقية واشنطن) بقوله: " إن القانون السعودي هو القانون الذي من المفترض أن ينطبق على المسائل موضوع النزاع، إلا أنه يجب إتمامه عند الإقتضاء أو تأويله على ضوء المبادئ العامة للقانون والأعراف الدولية المتبعة في صناعة النفط ومعطيات العلوم القانونية الصرفة". وقد إعتمدت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار هذا التمشي في قرار لها صدر بتاريخ 30 نوفمبر سنة 1979 في قضية شركة AGIP ضد حكومة الكونغو السالفة الذكر.

وخلافا لهذا التوجه الذي ينطلق من التسليم بتساوي القانون الدولي مع قانون الدولة المتعاقدة من حيث المرتبة والقيمة القانونية، فقد إعتبر شق آخر من الفقهـاء أن القـانون الدولي هو أعلى مرتبة من القانون الداخلي وأنه يلعب دور الرقابة عليه، بحيـث تعتبـر قواعده من قواعد النظام العام. فتكون لقواعد القانون الدولي وظيفة مزدوجة: إتمام قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع من جهة، وتغيير أحكامه وإستبداله بغيرها إذا ما إتضح

للمحكمة التحكيمية أنها مخالفة للنظام العام من جهة أخرى. ومن ثمة، فإن إختيار طرفـي النزاع لقانون دولة ما، خصوصا إذا كان هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة من عدمه يصبح لا أثر له.

أما الإتفاقيات العربية المتعلقة بالإستثمار (إتفاقيات سنة 1971 و1974 و1980)، فقد أقرت مبدأ واحدا هو وجوب تطبيق أحكام الإتفاقية أولا، فبنود عقد الإسـتثمار ثانيـا. فإذا لم يجد المحكم الحل لمسألة القانون الواجب التطبيق على موضـوع النـزاع لا فـي الإتفاقية العربية ولا في العقد، فإنه يطبق القواعد والمبادئ المشتركة المعتمدة مـن قبـل الدول العربية، وبدرجة أقل قواعد القانون الدولي، مستبعدا في ذلك قواعد القانون الداخلي للدولة العربية المتعاقدة (832). ويقصد هنا بالمبادئ المشتركة، المبادئ المشتركة لقـوانين عدة دول عربية، حتى وإن كان إحتمال وجود فروق بين هذا القـانون وذاك هـو وارد. ولكن هذه الفروق تبقى ضعيفة في المنطقة العربية نظرا لوحـدة المخـزون الحضـاري والثقافي ولوحدة مصادر التأثير (الشريعة الإسلامية ثم القانون الفرنسي فسـائر القـوانين الغربية الأخرى).

ولا شك أنه توجد في المقابل مسائل تختلف حولها بعض التشريعات العربية نظرا لخصوصيات كل بلد. في هذه الحالة، يصبح المحكم مرغما على أن يلعب دور المـنشئ للقاعدة القانونية على حد تعبير أحد الفقهاء (833)، لإيجاد حل وسط بـين نظـم قانونيـة مختلفة. ونحن بصدد معالجة الحالة العربية، فإن المحكم يصبح مضـطرا للبحـث عـن مواطن تقارب ونقاط تقاطع بين القوانين العربية ولما لا حتى المزج فيما بينها. وقـد أدى تكريس فكرة تدويل القانون المنطبق على عقود الإستثمار مثلما شاهدنا، إلى تأكيد وجـود جملة من المبادئ المشتركة بين قوانين كل الأمم. ومن بين هذه المبادئ، ممكن أن نـذكر على وجه الخصوص، مبدأ إلزامية العقـد Pacta sunt servenda ومبـدأ عـدم التنـاقض للإضرار بالغير estoppel المرتبط بمبدأ حسن النية والإعفاء من المسؤولية في حالة القوة

(832) Horchani. F : op cit n° 668.
(833) Belaid. S : Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, thèse, P.U.F, Paris 1973, p. 25

القاهرة force majeure. وإن كان إجتهاد القضاءالتحكيمي يميل إلى القول، بأن القوة القاهرة لا تؤدي حتما إلى فسخ العقد والإعفاء الكامل من المسؤولية، بل يجب البحث عن صـيغة للإبقاء على العقد مع تعديل الإلتزامات العقدية، وإعتبار المدين مسؤولا، إذا ثبت أنه كان بإمكانه أن يفعل شيئا لتقليص الضرر اللاحق بالطرف الآخر المتعاقد معه، وأنه لم يجتهد للبحث عن طريقة أخرى للوفاء بالتزاماته (834). ومبدأ منح عبارات العقد المعنـى الـذي يجعل لها فائدة وجـدوى (magis valeat guam pereatutres) Principe de l'effet utile والمبـدأ التعويضي Principe indemnitaire أي مبدأ وجوب التعويض للطـرف المتضـرر بفعـل المتعاقد ومبدأ مراعاة الثغرات الغير منتظرة التـي تهـز تـوازن الإلتزامـات العقديـة للأطراف L'imprévision، خصوصا إذا تعلق الأمر بعقـد طويـل الأمـد، مثـل العقـود الإستثمارية موضوع بحثنا هذا، إلى جانب مبدئي حسن النية عند التعاقد ومنع سوء النيـة عند التفاوض على التعاقد Culpa in contratendo وتقوم هذه المبادئ في مجموعها على مبدأ جوهري ألا وهو " مبدأ حسن النية" الذي يجب أن يحكم تصـرفات الأطـراف ويكرسـه المحكمون، ضمانا لثقة هؤلاء فيهم وبرهانا على أن التحكيم هو طريق لفض النزاعـات. لكنه قبل كل شيء، عدالة مع ما يقتضيه ذلك من لزوم تحري الإنصاف L'équité.

ولكن ماذا عن إنعكاسات هذه القواعد والمبادئ على التحكيم الدولي المنظم طبقـا للمرسوم التشريعي 93-09 ؟ وهل يمكن أن نجد نفس الأسلوب الذي أخذت به الإتفاقيات المتعددة الأطراف في هذا المرسوم بالنسبة لإختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ؟ تنص المادة 458 مكرر 14 على ما يلي: تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف. وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، كما تنص المادة 458 مكرر 15 على أنه " وتفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة". يكرس

---

(834) في قضية **National Oil company (NOC) c Lybian Sun oil company** إعتبرت هيئة التحكـيم أن صـدور تعليمات من الحكومة الأمريكية إلى المستثمرين الأمريكيين المنتصبين في ليبيا لقطع العقود التي إرتبطوا بها في ليبيـا، لا يشكل قوة قاهرة وهو لا يعفى هؤلاء المستثمرين من المسؤولية من قطع العلاقات التعاقدية.

Voir Audit. B : « **l'affaire Noc c/ lybian sun oil Company », Rev. arb, p. 263.**

القانون الجزائري هنا وعلى غرار الإتفاقيات المتعددة الأطراف، حرية إختيار الأطـراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا لمبدأ سلطان الإرادة. وهو نفس المبـدأ الذي أخذت به المادة 1496 من القانون الدولي الخاص السويسري. ولكن يشترط في هذا الإختيار أن يكون إختيارا صريحا وألا يخالف النظام العام الدولي. وفي الواقع، إن مبـدأ سلطان الإرادة الذي بمقتضاه يمكن للطرفين الدولة، والمستثمر، أن يحددا القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو متضمن بالأساس في المادة 18 فقرة 1 من القانون المـدني التي تنص على أنه " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقـد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر". مع هذا الفارق في إختيار المصطلح، بـين المادة 458 مكرر 14 التي إستعملت عبارة " قواعد القانون" عوضا عن مصطلح " قانون" Loi التي نجدها في المادة 18 السالفة الذكر (835). ومن النتائج المترتبة عن هذا الإختلاف في توظيف المصطلح هو عدم تقيد القانون الجزائري الجديد بأي قانون وطني، وبالتـالي التحرر من أي منهج لتنازع القوانين.

الشيء الذي يدفعنا إلى القول بتأثر قانون التحكيم الدولي في الجزائر بالإتفاقيـات الدولية التي تعطي دورا أكبر لإرادة الطرفين في إختيار القانون الواجب التطبيق بـدون المرور على أي قاعدة تنازع. والأكثر من ذلك، فلدى إختيارهما لهذا القانون، فإنه يمكـن للطرفين، ليس فقط الإنحياز إلى قانون وطني، وإنما أيضا تدويل علاقتهما التعاقدية مـن خلال إخضاع نزاعاتهما إلى أعراف التجارة وإلى المبادئ العامة للقانون وإلـى القواعـد المشتركة الخاصة بالتجار La lesc mercatoria (836). وعلى هذا الأساس، فإنه يمكن للمحكم أن يطبق مباشرة قواعد القانون الملائمة بدون أن يمر بأي نظام وطني تنـازعي. وبهـذا الموقف، يكون القانون الجزائري، قد إنضم إلى قضاء تحكيمي مستقر (837). ولكن، عندما لا يعين الطرفان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالمحكم هو الذي يختار

---

(835) Terki. N : L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, p. 102.
(836) Mebroukine. A, « Actualité du droit algérien de l'arbitrage international », in R.D.A.I, n° 3. 1994, p. 323.
(837) Goldman. B : « Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », in investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, Pédone 1969, p. 144 et s.

هذا القانون، بالرجوع إلى قواعد القانون التي يراها ملائمة. غير أن هذه القواعـد وهـذه الأعراف التي يطبقها المحكم، يجب أن تكون لها علاقة عضوية وموضوعية بالنزاع. إن مثل هذا التدويل الذي يسمح للمحكم بأن يطبق مباشرة المبادئ العامة للقانون قـد يـؤدي لاحقا إلى وضعية يصعب تداركها. لأنه، وبشهادة الفقيهين بجاوي ومبروكين " فإذا فسرت المبادئ العامة للقانون بصفة خاطئة من قبل المحكم، فإنه يصبح من حق القاضي الوطني أن يرفض تنفيذ القرار الصادر عنه" (838).

ولكن مظاهر تدويل القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا تقتصر فقـط على إختيار الطرفين وبكل حرية لقواعد القانون ولا على تطبيق المحكم لأعراف التجارة، بل أيضا في قدرة المحكم على الفصل في موضوع النزاع كمفوض في الصلح في غياب أي إختيار للقانون من قبل الطرفين. وهي تمثل بالتالي إحدى الأدوات التي تـؤدي إلـى تدويل القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. فطبقـا للمـادة 458 مكـرر 15 " تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها إتفاقية الأطـراف هـذه السـلطة". يستفاد من هذه المادة، أن المحكم يمكن له أن يفصل في النزاع وفقا للقانون، إذا كان هـذا هو الحل الذي يبدو ملائما لفض النزاع. كما يمكنه أن يفصل في النزاع حسـب قواعـد الإنصاف إذا كان هذا هو ما يرغب فيه الأطراف. لا تختلف هنا المادة 458 مكـرر 15 عن المادة 42 فقرة 3 من إتفاقية واشنطن التي تنص على أن " ... للمحكمة من سلطة إذا إتفق الطرفان على ذلك في الحكم بموجب العدل والإنصاف". ماذا يعني أن يلجأ المحكـم إلى إستعمال التفويض في الصلح ؟ و بعبارة أخرى،هل يعني، أنه باسم العدل والإنصاف له الحرية في أن يستبعد أي قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، أو أنـه مـرغم باختيار هذا القانون، أم أنه هو حر فقط في إستبعاد من هذا القانون أحكامـه المكملـة ؟ يجب أن نعلم، أنه في حالة ما إذا إكتفى الطرفان بالتنصيص على التفويض في الصلح بدون أي إضافة أخرى، فإن المحكمين ليسوا بالضرورة ملزمين بتطبيق قانون وطني أو

---

(838) Bedjaoui. M. et Mebroukine. A : « Le nouveau droit de l’arbitrage international en Algérie ». in, J.D.I, 1993. N° 4, p. 896.

قواعد عبر وطنية. بل وأكثر من ذلك، فهنالك من يساند فكرة مفادها، أنه في مثل هـذه الحالة، يجب على المحكمين أن يأخذوا في عين الإعتبار المبادئ العامـة للقـانون (839). ولكن من جهة أخرى، هناك إتجاه عام غالبا ما يدفع الهيئات التحكيمية الدائمة نحو تطبيق العدل والإنصاف محاولة العثور على هذا العدل وهذا الإنصاف في المبادئ العامة عوضا البحث عنه في أي قانون وطني آخر وحتى إستبعاد كل من القانون الـوطني والمبـادئ العامة إذا وجدوا أنهما سوف يصدمان قناعتهم (840). ولهذا الغرض، فعادة، مـا يوصـي الفقهاء بعدم تشبيه التفويض بالصلح بالعدل، وكذلك التفويض بالصلح بالمبـادئ العامـة للقانون. ولكن، هذا لن يمنع المحكمين الفاصلين في النزاع بموجب العدل أن يرجعوا إلى المبادئ العامة للقانون وحتى إلى قانون وطني إذا رأوا ذلك ملائما. بل وأبعد من ذلـك، يمكن للمحكمين حتى أن يستبعدوا عرفا إذا لاحظوا أنه غير عادل (841). ولكن الفقه فـي الجزائر منقسم في خصوص مسألة تشبيه التفويض بالصلح بالعدل. فإذا كـان الأسـتاذان بجاوي ومبروكين يعتبران أن " الإلتزام بتسبيب القرار التحكيمي الذي يقع على المحكـم في المادة 458 مكرر 12 من قانون الإجراءات المدنية يوحي بأن هنالك تشابه في ذهـن المشرع بين التفويض في الصلح والعدل" (842)، فإن هذا الإلتزام في نظر الأستاذ تركي " لا يكفي لوحده للقول بأنه يوجد تشابه بين المصطلحين. أولا، لأن المحكمين الذين يملكون سلطة التفويض في الصلح، ممكن أن يسببوا قرارهم بالإعتماد فقط على البنود التعاقديـة مع إستنادهم إلى العدل. ثانيا، يمكن للأطراف أن يختاروا في إتفاقية التحكيم قانونا إجرائيا يستبعد أي إلتزام بالتسبيب مثلا" (843).

ولكن، ماذا عن الإتفاقيات العربية، في خصوص منح المحكمة التحكيميـة سـلطة التفويض في الصلح؟ في الواقع، لا تبتعد الإتفاقيات العربية عما جاءت به إتفاقية واشنطن

---

(839) Goldman. B : « La lesc mercatoria dans les contrats et arbitrage internationaux », J.D.I, 1979. 747 spéc, pp. 480-481.
(840) Voir par exemple la sentence C.C.I n° 3267, 1979. J.D.I. 1980. 962. Obs. Derains. Y
(841) Voir en ce sens, Fouchard. Ph : « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », J.D.I, 1982. 374, spéci, p. 399 et s.
(842) Bedjaoui. M et Mebroukine. A : op cit, p. 794.
(843) Terki. N : op cit : p. 109.

الدولية في خصوص هذه النقطة بالذات، وإن كانت الصياغة في التنصيص علـى هـذا الجانب تختلف من إتفاقية إلى أخرى. في حين، تنص المادة 4 فقرة 2 من ملحق الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار على أنه " يجـوز للمحكمـة، إذا إتفـق الأطراف في المنازعة على ذلك، أن تحكم في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف"، فإن المادة 16 من الإتفاقية العربية لسنة 1974، وهي تتكلم عن التفويض فـي الصـلح، قـد صرحت بما يلي: "يجوز للمحكمة أن تفصل في النزاع وفقا للقواعد التي تراها ملائمة" . ولكن في جميع الحالات، ومثلما نصت عليه إتفاقية واشنطن، فإن المحكم لا يمكن لـه أن يفصل في النزاع كمفوض في الصلح إلا إذا خولته إتفاقية الأطراف هذه السلطة. ولكـن، خارج النقاش التقليدي القائم منذ مدة حول الطبيعة القانونية للتسوية باستعمال العدل، هـل يمكن أن نشبه ما يقوم به المحكم المفوض في الصلح بالمهمة الملقاة على الموفـق التـي تتمثل – كما نعلم – في البحث عن أرضية وفاق بين وجهات نظر مختلفة وعلى إقتـراح حلول يلتقي حولها الطرفان؟ بالنسبة للفقيه حرشاني " يمكن تشبيه عمل الموفق بـالمحكم المفوض في الصلح لأن الموفق يستند هو الآخر، في حله للنزاع أكثـر إلـى الأسـباب الملائمة من إستناده إلى قواعد الإنصاف أو إلى مبادئ القانون" (844).

ولكن، هل يمكن أن يتغاضى المحكم المفوض في الصلح عن قواعد النظام العـام الدولي ؟ المعلوم أنه في حال خرق المحكم لأي قاعدة من قواعد النظام العام الدولي، فإن ذلك سيؤدي إلى إبطال أو رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي (845). ولكـن، بعيـدا عـن السلطة المخولة للمحكم كمفوض في الصلح، هل يمكن له أن يمتنع عن إصدار قرار فـي النزاع تحت أي ذريعة ؟ لا يمكن للمحكم أن يمتنع عن الفصل فـي النـزاع وإن كانـت الحجج التي يمكن أن يتمسك بها هي: إما عدم وجود نصوص قانونية أو نقص في القانون الواجب التطبيق أو غموضه. و لكن، هل معنى هذا، أن على المحكم أن يطبق قواعد أو

(844) Horchani. F : op cit, p. 441.
(845) Sur l'obligation pour les arbitres de respecter les prescriptions de l'ordre public international même lorsqu'ils sont investis des pouvoirs d'amiable compositeurs. Voir par exemple, la sentence CC.n° 4265 (1984) J.D.I, 1984. 922. Observation Y. Derains. La sentence CCI n° 6503 (1990) J.D.I. 1995. 1022 spéc, p. 1024, Paris 12 mars 1985, Rev.arb 1985. 299.

قانون هو ناقص بالأساس، أو إن لم يجد نصوصا قانونية، عليه أن يعمد إلى إيجاد قواعد بديلة لكي يفصل في النزاع، وهو - كما نعلم - مجبر على إيجاد أجوبة لكل المسائل التي يثيرها النزاع ؟ في الحقيقة، لا شيء يمنع المحكم في حال وجود نقص في القانون الواجب التطبيق أو غموضه من الإلتجاء إلى مصادر أخرى عبر وطنية. ففي قرار صادر في تاريخ 28 أوت سنة 1951 عن اللورد Asquith of Bischopstone في قضية شيخ أبو ظبي ضد الشركة الأنقليزية Petroleum Development Ltd، إعتبر هذا الأخير، أن قانون أبو ظبي - وهو لم يكن مقننا أنذاك - غير متطور بما فيه الكفاية حتى يقدم حلا للنزاع. مضيفا، أنه حتى وإن كان قانون أبو ظبي هو المختار ولو بصورة غير واضحة من قبل العقد، فلا بد من إيجاد مخرج للنزاع. ولكن، ليس في قانون أبو ظبي، وإنما في القانون الأنقليزي. وكذلك ليس في القانون الأنقليزي في حد ذاته وإنما باعتباره القانون الذي يجسد مبادئ عالمية principes universels. من جهتها، رأت الهيئة التحكيمية في قضية Aramco في القرار الصادر عنها في 23 أوت سنة 1958 أنه " بالإمكان إستبعاد القانون السعودي والبحث عن الحل في الأعراف والعادات المعمول بها في مجال صناعة وتسويق البترول. وفي غياب ذلك، في الحلول المكرسة من قبل فقه القضاء والفقه العالمي وعلم قانون الصرف" **(846).**

ولكن، في جميع الحالات، سواء أكان المحكم قد فصل في النزاع طبقا للقـانون أو كمفوض في الصلح، فلا بد أن ينتهي به المطاف إلى إصدار قرار تحكيمي.

المطلب الثاني: القرار التحكيمي.

يمر القرار التحكيمي بمرحلتين، مرحلة الإعداد ومرحلة التنفيذ. بالنسـبة لكيفيـة إعداد القرار التحكيمي، فإنه يخضع إلى قواعد محددة. وهذه القواعد تشترك فيها أغلـب الإتفاقيات المتعددة الأطراف مع بعض الفروقات هنا وهناك. فيما يتعلق باتفاقية واشـنطن الدولية، يصدر القرار التحكيمي خلال تسعين يوما من إنتهاء الإجراءات، بأغلبية الآراء. و هذا بطبيعة الحال ينسجم و التركيبة الثلاثية للمحكمة **(847).** من جهتها، تعمل أيضا

(846) Sentence rendue par M.M. Sausser Hall sur arbitre, Hassen et Habachi arbitres, in Rev. Crit. D.I.D. 1963-272, p. 317.

(847) راجع المادة 37-2 (أ) من إتفاقية واشنطن.

الإتفاقيات العربية بنظام الأغلبية (848)، إلا أنها تختلف عن إتفاقية واشنطن الدولية من حيث المدة التي يصدر فيها المحكم القرار التحكيمي. ففي حين حددت بعض منها هذه المدة، سكتت أخرى عنها. فمثلا، بينما وضعت الإتفاقية العربية لسنة 1980 مدة محددة حتى تصدر المحكمة التحكيمية القرار التحكيمي وهي ستة أشهر على أقصى تقدير إنطلاقا من تاريخ أول جلسة للمحكمة، فإن كلا من الإتفاقيتين العربيتين لسنة 1971 و1974 لم تضعا أي أجل يمح فيه للمحكمة التحكيمية بإصدار قرارها التحكيمي. ولكن، بالرغم من سكوت إتفاقية سنة 1971 المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار عن مسألة الأجل، إلا أنها تبدو قد أعطت للمحكمة التحكيمية ولو بطريقة غير مباشرة إمكانية تحديد أجل لإصدار قرارها، لما منحتها الإتفاقية سلطة تحديد " الإجراءات الخاصة بها" بنفسها.

وعلى عكس هذه الإتفاقية، يرى الفقيه حرشاني " أن الحل الذي جاءت به إتفاقية سنة 1980 وهو تحديدها لمدة زمنية معينة قصد إصدار قرارها، هو حل متماسك لسبب منطقي جدا، وهو أن النزاع الذي ينشأ بين الدولة العربية والمستثمر العربي، رعية الدولة العربية الأخرى يمكن ألا يسوى عن طريق التحكيم ولكن أمام المحكمة العربية للإستثمار ... ثم لأن الإتفاقية العربية لسنة 1980 تعتبر التحكيم مجرد مرحلة من مراحل التقاضي".

من جهة أخرى، تؤكد الإتفاقيات المتعددة الأطراف سواء أكانت دولية أو إقليمية على أن القرار التحكيمي يجب أن يصدرفي شكل كتابي وأن يكون ممضى من قبل أغلبية الأعضاء المساندين للقرارأما العضو المخالف، فيحق له أن يلحق رأيه بالقرار التحكيمي مع التوقيع. أما في حال رفضه التوقيع على هامش القرار، فهذا الرفض لن يمس بأي حال من الأحوال بصفة القرار ولا بالحجية اللصيقة به. من جهة أخرى، يشكل تسبيب القرارات التحكيمية من المسائل الهامة التي يثيرها موضوع التحكيم في إطار منازعات الإستثمار التي تنظمه الإتفاقيات المتعددة الأطراف. ويرجع الإهتمام بهذه المسألة إلى ما لاحظه رجال القانون في البلدان المتأثرة بالقانون الفرنسي، بما في ذلك البلدان العربية،

(848) راجع المادة 4 فقرة 1 (ز) من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمارات والمادة 20 (ب) و (ج) من الإتفاقية العربية لسنة 1974 والمادة 1 فقرة 7 من الإتفاقية العربية لسنة 1980 المرجع السابق.

من تعود المحكمين الأنقليز على عدم تعليل قراراتهم وإعتماد نفس المبدأ لدى محكمـي الدول ذات التقاليد الأنقلو سكسونية (849). وهي تقاليد تتنافى والتوجهات الأساسية للـنظم اللاتينية المصدر، التي تعتبر أن الرد على طلبات الخصوم ومناقشتها وبيان كيفية توصل هيئة التحكيم إلى الحكم لصالحها أو ضدها، هو مظهر من مظاهر إحترام حـق الـدفاع.

وأمام إختلاف التقاليد، كان لا بد من التوصل إلى حل موحد لدى وضع الإتفاقيات المتعددة الأطراف. وفي هذا الإطار، فقد إنتهت إتفاقية واشنطن لسنة 1965 إلى إعتبـار أن مـن واجب المحكمين تعليل القرار التحكيمي، حيث جاء في المادة 48 فقرة 3 منها أنه " يجب أن يتناول الحكم كل مسألة تطرح على المحكمة وأن يبين الأسباب التي بني عليها".

وكنتيجة لهذه القاعدة، إعتبرت لجنة الإبطال التابعة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار في قضية شركة ظهقد ضد جمهورية غينيا بتاريخ 22 ديسمبر 1989 أن عدم التسبيب هو موجب لإبطال القرار التحكيمي (850). ويبدو أن وجوبية التسبيب هنا تهم النظام العام، بحيث يمكن طلب إبطال قرار تحكيمي غير مسبب حتى ولو نصت إتفاقية التحكيم على إعفاء المحكمين من التسبيب (851). وتعتبر لجنة الإبطال في قرارها المذكور أن التسبيب يجب أن يسمح لقارئ القرار بأن يعرف التمشي المنطقي والقانوني الذي إعتمدته هيئة التحكيم في تناولها للإشكاليات المطروحة عليها. وأن عدم التسبيب لا يقتصر فقط على غياب كل بيان لأسباب القرار، بل يتعداه إلى الصورة التي تعتمد فيها هيئة التحكيم تسبيبا متناقضا.

وقد تم إعتماد نفس الحل المتعلق بإجبارية التسبيب في عدد من الإتفاقيات الإقليمية الأخرى، كالإتفاقية العربية لسنة 1971 المحدثة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار والتي تقضي بأن تكون قرارات هيئة التحكيم معللة بوضوح (852). وبالإضافة إلى كل ما سبق

---

(849) أنظر أ. عبد الوهاب الباهي: " تعليل القرارات التحكيمية من خلال بعض الإتفاقيات الدولية والإقليمية والتشـاريع الداخلية"، مؤتمر مراكز التحكيم العربية حول " التحكيم العربي، الحاضر والمستقبل"، بيروت مـن 16 إلـى 19 مـاي 1999، محاضرة منشورة في مجلة التحكيم العربي، العدد 02 جانفي 2000، ص. 132.

(850) Gaillard. E : « Chronique des sentences arbitrales du CIRDI », J.D.I 1991. 1, p. 166 et s.

(851) Ibid.

(852) راجع المادة 4 من ملحق الإتفاقية العربية لسنة 1971.

ذكره، تنظم الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية أو عربية أو مغاربية، الكيفيات التي على أساسها يمكن تبليغ القرار التحكيمي بعد إصداره. في البدء، تنص إتفاقية واشنطن على أن على السكرتير العام أن يقوم بإرسال صورة معتمدة من الحكم إلى أطراف النزاع. ويجب أن يتم ذلك بدون تأخير. ومن ثمة، فالسكرتير العام باعتباره كاتب ضبط المركز هو المؤهل لأن يؤشر على القرار ويمنحه الطابع الرسمي قبل إرساله. ويمكن إعتبار القرار قد صدر منذ تاريخ إرساله من قبل هذا الأخير. ولكن خلافا لهذه الإتفاقية التي تمنح – كما رأينا – سلطة إرسال القرار إلى سكرتير المركز، فإن الإتفاقيات العربية تعطي إمكانية تبليغ نسخة من القرار من أحد الطرفين إلى الآخر، على أن يكون هذا التبليغ ذا علاقة بالنزاعات موضوع التسوية وله إرتباط بتنفيذ القرار (853). ويعلق أغلب الفقهاء على تبليغ القرار إلى الأطراف على أنها قاعدة من شأنها أن تخدم هؤلاء لأن مواعيد سريان الطعون، سواء بالتصحيح أو بالمراجعة أو بالإلغاء تبدأ فقط من تبليغ القرار وليس منذ صدوره (854).

ثم بالإضافة إلى تبليغ القرار إلى الأطراف بحكم أنها المعنية بالنزاع، فـيمكن أن يخضع القرار إلى النشر. مبدئيا، لا ينشر المركز الدولي لتسـوية النزاعـات المتعلقـة بالإستثمار القرارات التحكيمية بدون رضاء الأطراف. وعموما، يعد عدم نشر القـرارات التحكيمية من باب إحترام سرية الأعمال Le respect du secret des affaires، وإن كان عـدم النشر هذا، لا يخدم في الحقيقة، من وجهة نظر الفقيه Amadio الأشخاص الذين يرغبـون في الإطلاع على الإجتهاد التحكيمي في مجال الإستثمار بقطع النظر عن الفائدة العلميـة التي يمكن أن تجنى من هذا النشر، باعتبار أن مثل هذا النشر سوف يساعد لا محالة على وضع قواعد لقانون دولي للإستثمار هو الآن في إطار التكوين (855).

---

(853) أنظر المادة 4 فقرة 1 (ط) من الإتفاقية العربية المحدثة للوكالة العربية لضمان الإسـتثمار والمـادة 2-7 مـن الإتفاقية العربية لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسنة 1980، المرجع السابق.

(854) Delaume. R : « La pratique du CIRDI », Clunet, 1982, p. 786.

(855) Khan. P : « Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage », in colloque juridique international. Les investissements et le développement économique des pays du tiers monde, mai 1967. Pédone, 1968, p. 56.

عربيا، بإستثناء إتفاقية سنة 1974، لم تنص الإتفاقيات العربية الأخـرى (لسـنتي 1971 و1980) على أي نشر لأي قرار تحكيمي. ومبـررات عـدم نشـر القـرارات التحكيمية حتى على مستوى الإتفاقيات العربية لا تبتعد كثيرا عن المبررات التي عادة ما تساق في خصوص الإتفاقيات الدولية الأخرى وخاصة إتفاقية واشنطن: سـرية الأعمـال والخوف من إحراج الدولة الذي يكون قد صدر ضدها القرار التحكيمي. ولهذه الأسـباب، فإن الإتفاقية العربية لسنة 1974، مع تنصيصها على النشر، فهي تشترط ألا يتم ذلك إلا بعد موافقة أطراف النزاع (856). وفي نفس السياق، وفي إطار الإتفاقية العربيـة المنشـأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار، فإن عقود التأمين هي وحدها التي تنص على بند يسمح بنشر القرارات التحكيمية بدون إشتراط قبول الأطراف في النزاع في عقد للتأمين لا يتعلق بدولة ذات سيادة بإعتبارها عضوا في الوكالة ولكن بمستثمرين مـؤمنين فـي مواجهـة الوكالة.

ولكن القرار التحكيمي لا يقف عند حدود الشكل الذي يجب أن يكون عليه ولا عند التسبيب والتبليغ والنشر بل يتعداه إلى وجوب أن يكون نهائيا. ولكن ما معنى أن يكـون القرار التحكيمي نهائيا ؟ تنص المادة 53 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن على أن القرار " ... لا يجوز أن يكون محلا لأي طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الإتفاقية". إن المقصود بطرق الطعن هنا هي، التفسير والمراجعة والإلغاء. إن الطابع النهـائي للقـرار التحكيمي لا يمكن أن يعني إلا شيئا وحيدا في نظر العديد من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيـه Amadio، وهو الإستقلالية المطلقة التي يتمتع بها تحكيم مركز " سيردي" الدولي عـن أي جهة قضائية أخرى، سواء أكانت هذه الجهة وطنية أم دولية. وأن أي رقابة على القـرار التحكيمي، سواء أكانت رقابة داخلية أو دولية هي مستبعدة كلية.

---

(856) راجع المادة 20 (ه) من الإتفاقية العربية لسنة 1974، المرجع السابق.

أما عن الإتفاقيات العربية، فبقدر ما تكرس هذه الإتفاقيات من جانبها أيضـا مبـدأ نهائية القرار التحكيمي (857). فهي تختلف عن إتفاقية واشنطن، عندما تقبل بـأن يكـون القرار التحكيمي قابلا للطعن عن طريق إحدى طرق الطعن المنصوص عليها فـي هـذه الإتفاقيات، فمثلا، لا يمكن أن يكون القرار التحكيمي طبقا للإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار محل طعن لا عن طريق الإستئناف أو المراجعة وإنما فقط عن طريق التفسير الذي تخضعه إلى إجراءات دقيقة. تجدر الملاحظة في هذا المضمار، أنـه طبقا للفقرة أخيرة من المادة 4 فقرة 3 من نفس الإتفاقية، يمكن للمحكمة أن تصدر قرارا بوقف تنفيذ القرار موضوع الطعن إلى حين البت في الطلب الجديد أي في طلب التفسـير المرفوع من صاحب الشأن. أما الإتفاقية العربية لسنة 1974 والمتعلقـة - كمـا نعلـم - بتسوية النزاعات في مجال الإستثمارات بين الـدول العربيـة المضـيفة للإسـتثمارات والمستثمرين العرب، رعايا الدول العربية الأخرى، فهي تضع إستثنائين عن قاعدة نهائية القرار التحكيمي.

الإستثناء الأول، وهو أن الطرفين، الدولة أو المستثمر الأجنبي يمكـن أن يطلـب مراجعة القرار ولكن بشروط. أول هذه الشروط، هو الأجل أي أن الـذي يتقـدم بطلـب المراجعة، لابد وأن يودع طلبه خلال الستين يوما من العلم بالحدث الجديد الذي لم يكـن ليعلم به والذي من المحتمل أن يؤثر في القرار بصفة جوهرية (858). أما الإستثناء الثاني، فهو إمكانية أن يقدم أحد الطرفين طلبا إلى السكرتير العام يطلب فيه إلغاء القرار. إلا أنه يشترط أيضا في هذا الطلب، أن يكون مؤسسا على أسباب محددة حصرتها الإتفاقية وهي: إما عيب في تشكيلة المحكمة أو تجاوز في السلطة أو ممارس على أعضاء المحكمـة أو مس خطير بإحدى القواعد الأساسية للإجراءات وإنعدام في الأسباب. وفي حـال قبـول طلب المراجعة، فإن لجنة خاصة تنشأ لهذا الغرض من قبل السكرتير العام. أما عن

---

(857) راجع المادة 2 فقرة 6 من ملحق الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 والمادة 4 فقـرة 1 (ز) مـن الإتفاقيـة العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار والمادة 25 من الإتفاقية العربية لسنة 1974.

(858) راجع المادة 23 فقرة 2 و3 من الإتفاقية العربية لسنة 1974.

تركيبتها، فهي تتشكل من محكمين يخضعون في تعيينهم إلى إجراءات معينة. فلا يمكـن مثلا، أن يكون عضوا في هذه اللجنة من كان عضوا في الهيئة التحكيمية التي أصـدرت القرار أو من المحكمين الذين يحملون نفس جنسية أعضاء المحكمة أو أن يكون من أحـد الرعايا الذين يحملون جنسية أحد الأطراف في النزاع أو من الموفقين الذين بصفتهم هذه، يكونون قد نظروا في نفس النزاع. أما في حال الإلغاء الجزئي أو الكلـي للقـرار، فـإن القضية ترفع بطلب من الطرفين – ونحن نتكلم عن الدولة والمستثمر الأجنبـي - أمـام محكمة تحكيمية أخرى. ويكون قرارها في هذه الحالة نهائيا. كل هذه الإجراءات وما سبق ذكره، لم تنص عليها الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 التي تشير فقط في المـادة 2 فقرة 8 من ملحقها إلى " أن القـرار التحكيمـي لا يمكـن أن يكـون موضـوع طعـن بالإستئناف". إن الإختلاف بين الإتفاقيات العربية في خصوص موضوع نهائيـة القـرار التحكيمي، يرجعه الأستاذ حرشاني إلى " طبيعة التحكيم" الذي إختارته كل إتفاقية **(859).**

ففي الإتفاقية المحدثة للوكالة العربية لضمان الإستثمار وعقود التأمين، يمكن تفسير الصفة النهائية للقرار بنوع التحكيم الذي اختير وهو تحكيم خاص. بينمـا التحكـيم فـي الإتفاقية العربية لسنة 1974 هو تحكيم مؤسساتي institutionnel أين الإجراءات فيها هـي مفصلة ويسهل في حال طلب مراجعة القرار أن تشكل لجنة لهذا الغرض وهيئة تحكيميـة تكون مكلفة من جديد بالفصل نهائيا في النزاع.

ولكن ماذا عن موقف المشرع من القواعد المنظمة لطريقة إعداد القرار، بدءا مـن التصريح به ومرورا بالشكل الذي يجب أن يكون عليه وإنتهاء بالصفة النهائية لـه. فـي الحقيقة، تعد كل هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من عملية إعـداد القـرار التحكيمـي. ولا يختلف هنا التحكيم الدولي في الجزائر مثلما هو منظم من قبل المرسـوم 93-09 عـن الإتفاقيات المتعددة الأطراف في خصوص عناصر الإعداد التي ذكرناها. ومـثلا، تشـير المادة 458 مكرر 12 فقرة 2 إلى أن القرار التحكيمي يمكن أن يصدر بأغلبية أعضاء

(859) Horchani. F : L'investissement inter-arabe …op cit, p. 386.

المحكمة، إذا كانت مشكلة من مجموعة محكمين. ما يجب التأكيـد عليـه هنـا، هـو أن مشاركة الجميع في المداولة وفي التصريح بالقرار أضحى الآن من النظام العام الـدولي (860). كماأنه لا يخفى أن المرسوم 93-09 يأخذ هو أيضا بنظام الرأي المخالف. فالمـادة 458 مكرر 13 فقرة 4 تسمح للعضو المخالف بأن يضمن رأيه على هامش القرار مـع التبرير. وهذا يعني بدون شك، أن المشرع الجزائري، مثله مثل واضعي بقية الإتفاقيـات المتعددة الأطراف الأخرى يعترف بصحة الرأي المخالف.

ماذا الآن عن الشكل الكتابي للقرار وضرورة تسبيبه ؟ إن شرط الكتابة قد نـص عليه المشرع في المادة 458 مكرر 13 فقرة 3. وفي الواقع، يستبعد أن يكون القرار غير مكتوب عند التصريح به لأنه في مرحلة التعريف وتنفيذ القرار التحكيمي، لا يمكن إثبات وجود القرار إلا بتقديم نسخة منه. ولكن، إلى جانب شرط الكتابة، لا بد أن يكون القـرار مسببا. وعلى غرار الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية مثل إتفاقية واشنطن، أو كانت عربية مثل الإتفاقية العربية لإستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسنة 1980، فإن المرسوم التشريعي 93-09 يؤكد في مادته 458 مكـرر 13 فقـرة 3 على أن القرار التحكيمي يجب أن يكون مسببا. ولكن، هل يمكن إعتبار قرار غير مسبب هو قرار غير صحيح، وبالتالي، لا يمكن منحه الإعتراف وتنفيذه في الجزائر ؟ مـن أول وهلة، لا يمكن أن يكون جوابنا إلا بالإيجاب. والدليل علـى ذلـك، أن أي قـرار يمـنح الإعتراف أو التنفيذ لقرار التحكيمي يصبح عرضة للطعن عن طريق الإسـتئناف، علـى أساس غياب أو ضعف في التسبيب أو تناقض في التسبيب. ولكن، بما أن المبدأ، هـو أن القرار التحكيمي يجب أن يصرح به طبقا للإجراء والشكل المقررين من قبل الأطـراف. من هنا، يتبين لنا، أن قرارا غير مسبب يبقى بالرغم من ذلك كلـه صـحيحا، إذا كـان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يجعل من التسبيب شـرطا لصـحته. إلا أن إجتهاد القضاء الفرنسي قد ذهب بعيدا، لما إعتبر أنه في حال ما إذا كانـت الإجـراءات يحكمها قانون أجنبي لا يجبر المحكم على التسبيب، فهذا لا يمنع المحكمين من إعتباره

---

(860) Voir De Boisseson. M : Le droit français de l'arbitrage, édition Joly, 1990, p. 801.

غير مخالف للنظام العام الدولي، إلا إذا كان ذلك يخفي في الحقيقة إنتهاكا لحقوق الدفاع (861).

وكغيرها من الإتفاقيات التي أشرنا إليها سلفا، فإن المادة 458 مكرر 16 فقرة 2 من المرسوم التشريعي 93-03 تؤكد هي أيضا على الطابع النهائي للقرار التحكيمي الذي يصبح مكسيا بحجية الشيء المقضي فيه. ونتيجة لذلك، فهو يضع حدا لمهمة محكمة التحكيم. ولكن السؤال يبقى مطروحا، فيما إذا كانت حجية الشيء المقضي فيه تتعلق بالقرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر فقط، أم أن الأمر يشمل أيضا القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج ؟ نظرا للصياغة التي جاءت بها المادة 458 مكرر 16 فقرة 2، وهي صياغة عامة، فلا يمكن أن يتعلق الأمر إلا بالقرارات التحكيمية بوجه عام بدون تمييز. بيد أنه، ما دام المشرع قد ميز بين نوعين من القرارات التحكيمية، قرارات صادرة في الجزائر وقرارات صادرة في مجال التحكيم الدولي en matière d'arbitrage، فإن القرارات الأولى هي التي تكون مكسية بحجية الشيء المقضي فيه لأن إكساء القرار التحكيمي بهذه الحجية لن يتم إلا بعد الإعتراف به والأمر بتنفيذه وهي مرحلة تأتي قبل مرحلة التنفيذ الفعلي للقرار.

ولكن، ماذا عن هذا التنفيذ في الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي هي موضوع دراستنا هذه، وهل ممكن أن نجد بصمات له على مستوى التحكيم الدولي في الجزائر ؟ عموما، من القواعد العامة التي تطبق في ميدان التحكيم التجاري الدولي، هو أن القرار التحكيمي يقع النظر إليه بإعتباره مماثلا لأي حكم أجنبي لأن كلاهما يصدر عن جهة غير رسمية، وكلاهما في حاجة إلى مصادقة السلطة الرسمية للدولة المراد تنفيذ القرار أو الحكم على إقليمها. إلا أنه، وبالنظر إلى تميز ميدان الإستثمار وخصوصية الهيئات المختصة بالنظر في منازعاته، فإن هذه القاعدة يقع التخلي عنها أحيانا وتليينها أحيانا أخرى. ففي إطار إتفاقية واشنطن لسنة 1965، تنص المادة 54 منها على أنه " تعتبر كل

---

(861) De Boisseson. M : op cit, p. 803.

دولة متعاقدة حكم المحكمين الصادر طبقا لهذه الإتفاقية ملزما لها وتنفذ الإلتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان حكما نهائيا وصادرا من إحدى محاكم تلك الدولة". وبذلك ألغت هذه المادة العمل بإجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية ولم يعـد مـن الممكن أن يمتنع " نظام قانوني" (ordre juridique) لبلد متعاقد في إتفاقية واشنطن عن قبول قرار تحكيمي صادر عن هذا المركز. إلا أن ذلك لم يمنع الفقـرة 2 مـن نفـس المـادة المذكورة آنفا من أن تنص على أنه " يجب على الطرف الذي يسعى للإعتراف بالحكم أو لتنفيذه أن يقدم للمحكمة المختصة أو للجهة الأخرى التي قد تكون الدولة قد عينتها لهـذا الغرض، صورة من الحكم مصدقا عليها من السكرتير العام. ويجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بتعيين محكمة مختصة أو جهة أخرى لهذا الغرض وبكل تغيـر لاحق في مثل هذا التعيين" وما يمكن ملاحظته في خصوص هذه الفقرة، هو أنهـا ولـئن أشارت إلى طلب " الإعتراف بالحكم وتنفيذه"، فإنها لم تتحدث عن إكسائه بصيغة التنفيـذ (Exéquatur).

وقد تأثر محررو إتفاقية جوان لسنة 1974 العربية السالفة الذكر بمـا جـاء فـي إتفاقية واشنطن، حيث إقتضت المادة 25 من هذه الإتفاقية أن القرارات التحكيمية الصادرة طبقا لأحكامها تكون ملزمة لأطرافها الذين يجب عليهم الإمتثال لها وتنفيذها. كمـا جـاء بالمادة 26 أن هذه القرارات التحكيمية تنفذ في الدول التي تكون طرفا في النزاع أو يكون أحد رعاياها طرفا فيه، كما لو تعلق الأمر بأحكام نهائية صادرة عن محاكمهـا الوطنيـة ذات الصيغة الملزمة. ويتمتع القرار التحكيمي بجميع ضمانات التنفيذ التـي تتمتـع بهـا الأحكام القضائية الوطنية. ويتأكد تأثر إتفاقية العام 1974 بإتفاقية واشنطن لسنة 1965 أن واضعيها أرادوا منح القرارات التحكيمية المتعلقة بالتحكيم قوة تنفيذية مباشـرة وفوريـة، تقصى كل إمكانية لتسليط رقابة على صحتها أو محتواها (862). وخلافا لإتفاقية واشـنطن التي إعتبرت صلب المادة 55 أن الإمضاء عليها من قبل دولة ما لا يعني تخليهـا عـن حصانة التنفيذ التي تتمتع بها بمقتضى قواعد القانون الدولي العام وبمقتضى أحكام قانونها

(862) Horchani. F : op cit, p. 387. n° 609.

الداخلي، فإن إتفاقية سنة 1974 العربية لم تتضمن أية قاعدة مماثلة. وقد إعتبر الأستاذ حرشاني أن ذلك يعني أن الإنخراط في الإتفاقية المذكورة يعني تخلي الدولة المعنية عن حصانة التنفيذ وذلك لقاء إعتماد قانونها كقانون منطبق على النزاع (863).

أما في إتفاقية العام 1971 المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار وكذلك في الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980، فإن القرار التحكيمي تكون له صبغة النفاذ والإلزام، إذا حددت هيئة التحكيم أجلا لتنفيذه إلا أن ذلك لم يمنع الأستاذ حرشاني من أن يؤكد أن ذلك لا يعني إعفائه من المرور بإجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية (864). ولكن، يحصل أن لا تمتثل الدولة المحكوم ضدها إلى القرار التحكيمي رغم صيغته النافذة. في مثل هذه الحالة، تعتمد الإتفاقيات الدولية الحلول التالية: إما لجوء المستثمر إلى دولته التي تمنحه حمايتها الدبلوماسية أو اللجوء إلى محكمة العدل الدولية أو تحديدا في إطار الإستثمار العربي، كأن ترفض مثلا الوكالة العربية لضمان الإستثمار تأمين عقود الإستثمار المزمع إبرامها مع تلك الدولة، مما يجعل المستثمر العربي يحجم عن الإستثمار فيها. كما يمكن أن يكون تأمين الإستثمار قد شمل هذا الصنف من الأخطار. وهنا، تحل المؤسسة المؤمنة (المؤسسة العربية أو الدولية لضمان الإستثمار حسب الحالات) محل المستثمر في حق تنفيذ القرار التحكيمي بعد دفع التعويض المحكوم به له، أو اللجوء إلى المحكمة العربية بلإستثمارات لإتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القرار التحكيمي (المادة 2 فقرة 11 من ملحق إتفاقية عمان لسنة 1980). وهذا الحل يخلق إشكالات عملية، بإعتبار أن المادة 6 من الإتفاقية المتعلقة بهذه المحكمة لم تنص على مسائل التنفيذ ضمن إختصاصاتها. والملاحظ أنه نادرا ما وقع اللجوء إلى التنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية الصادرة في مجال الإستثمار، سواء أكان التحكيم حرا أو مؤسساتيا، وحتى في قضايا، مثل قضايا Texaco, Liamco et B.P (865). التي رفض فيها الطرف الليبي الحضور خلال

---

(863) Ibid. Voir. Horchani, op cit, p. 387, n° 610.
(864) Ibid
(865) Sur ces affaires, voir à titre d'exemple, Zahi. A : L'Etat et l'arbitrage, OPU Publisud Alger – Paris 1984, p. 218 et s. aussi Stern. B « trois arbitrages, un même problème, trois solutions », Rev.arb. 1980, pp. 3-43.

إجراءات التحكيم، فقد وقع تنفيذها بسرعة. فمثلا قرار Texaco وهو يعد من الأكثر القرارات نقدا، قد تم تنفيذه في طرف وجيز، بعد ثمانية أشهر فقط من إصداره (866).

ويتأكد مما سبق ذكره، أن القرارات الصادرة في مجال الإستثمار قد برهنت ومنذ مدة على نجاعتها الغير مألوفة بالنظر إلى القرارات الصادرة في مجالات أخرى، خـارج مجال الإستثمار. وفي الحقيقة، لا تعود هذه النجاعة إلى محتوى القرارات نفسها أو إلـى قدرة المحكمين على حسن تسبيبها، بل إلى الآثار الخطيرة التي يمكن أن تترتب عن عدم تنفيذها طوعا إزاء الأطراف المعنية بها.

والجدير بالذكر، أنه في الحالات التي تصدت فيها الدولة المحكـوم ضـدها إلـى أعمال التنفيذ، طرحت من جديد إشكالية الفصل بين الدولـة والمؤسسـات التابعـة لهـا émanations حيث سعى بعض المحكوم لفائدتهم في قضايا رفعوها ضد الدولة إلى التنفيـذ على أموال مؤسسات أو هيئات عمومية، بدعوى أنها تشكل إمتدادا لهذه الدولـة (867). إلا أن التوجه العام يستوجب الإقرار بالإستقلال القانوني لأشخاص القانون العام، مما يـؤدي مبدئيا إلى رفض محاولات توسيع نطاق أعمال التنفيذ إلى غير المحكـوم ضـدها، فـإن تناسـق المنطـق القـانوني يسـتلزم إعتبارهـا بـدورها متمتعـة بحصـانة التنفيـذ immunité d'exécution مثل الدولة، مما يحول دون التنفيذ الجبري عليها، وبذلك لا يحقـق المتمسكون بهذه النظرية أية فائدة من تبنيها لها. ومن جهة أخرى، فقد طرح إشكال يتعلق بنطاق حصانة التنفيذ التي تتمتع بها الدولة، فهل هي شاملة لجميع أموالها ومكاسـبها، أم أنها مقتصرة على صنف دون آخر ؟ تميل التشريعات الحديثة إلى إعتبـار أن حصـانة التنفيذ قاصرة على الأموال المخصصة الدولة لنشاطها كسلطة ذات سيادة. أمـا الأمـوال المجعولة لممارسة أنشطة إقتصادية (تجارية وصناعية أو فلاحية أو خدماتيـة) المنقولـة منها و العقارية، فلا تشملها الحصانة، إذ أن مبرر الحصانة هو السيادة التي تتمتع بها

---

(866) Gara. N : Le consentement de l'Etat à l'arbitrage relatif à l'investissement privé international, contribution à l'étude des grandes tendances dégagées de la juriprudence CIRDI, thèse faculté de droit et des sciences politiques, Tunis 2000-2001, p. 27 et s.
(867) Ben Letaief. M : L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie, thèse Faculté de droit deTunis I 1997, p. 5 et s.

الدولة (868). والإشكال الخاص الممكن طرحه فيما يتعلق بمسألة تنفيذ القرارات التحكيمية هو المتعلق بالتفرقة التي نجدها في تشريعات دول عديدة، بين التنفيذ على أموال الدولة المحكوم ضدها والموجودة على إقليمها والتنفيذ على أموال أجنبية موجودة بإقليم الدولة المراد التنفيذ لديها. ولكننا نتساءل: هل أن إبرام الدولة لإتفاقية التحكيم يتضمن بالضرورة إلتزامها بتوفير الضمانات الكافية لتنفيذ القرار التحكيمي حتى ولو صدر ضدها ؟ ثم، هل أن تخلي الدولة عن حصانتها التنفيذية بموجب إنخراطها في إحدى الإتفاقيات الضامنة للتنفيذ الآلي للقرار التحكيمي هو تخل مطلق، أم أنه لا يهم سوى أموال تلك الدولة الموجودة في الخارج ؟ إن الرأي الراجح في إعتقادنا، هو القول بالتخلي المطلق والشامل عن حصانة التنفيذ. ولا نرى أن هذا الرأي سيصطدم بمنطق القانون الحديث. فكما قبلت الدول في الماضي فكرة إمكانية مقاضاتها وإصدار الأحكام ضدها رغم مصادمة ذلك للمبدأ التقليدي الذي مقتضاه، أن الملك، (الدولة) لا يخطئ، فلا نرى غرابة في أن تقبل الدول أن يقع التنفيذ الجبري ضدها على إقليمها، على الأقل بالنسبة لصنف خاص من الأحكام، وهي الأحكام التحكيمية الصادرة في منازعات الإستثمار، خصوصا وأن عديد الدول تخلت تماما عن حصانة التنفيذ على النطاق الداخلي بالنسبة لجميع أصناف الأحكام التي قد تصدر ضدها أو ضد توابعها. بالنسبة للجزائر، وبشهادة الأستاذ تركي " كل القرارات التحكيمية تقريبا التي صدرت ضد المؤسسات العمومية الجزائرية قد وقع تنفيذها طوعية وبدون تدخل لقاضي التنفيذ" (869). وبالنسبة لنفس الأستاذ، فإن التنفيذ الطوعي لهذه القرارات يعود إلى عدة أسباب، من بينها، إختيار الطرفين للائحة تحكيم تقر بمبدأ التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي مثلما هو الشأن بالنسبة لإتفاقية واشنطن لسنة 1965. كما أنه يعود أيضا سبب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي حسب الفقيه René David إلى رغبة كل من الطرفين الدولة و المستثمر الأجنبي في الحفاظ على علاقات الأعمال les relations

(868) **Rigaux. F : « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », in Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthod Goldman, Paris 1983, pp 261-279. Aussi Rambaud. P : « Arbitrage, concession et nationalisation, quelques observations sur la sentence B.P », in A.F.D.I, 1981, pp. 222-230.**

(869) **Terki. N : L'arbitrage commercial international. OPU Alger 1999, p. 126.**

d'affaires التي تربط بينهما وكذلك إلى تخوف كل طرف من أن يقصى من طرف المجموعة التي ينتمي إليها، إذا إمتنع عن تنفيذ ذلك القرار (870). ولكن، يبقى أيضا اللجوء إلى التنفيذ الجبري غير مستبعد، إذا ما أصر أحدهما، الدولة أو المستثمر الأجنبي على عدم تنفيذ القرار التحكيمي طوعا. في هذه الحالة، يصبح إلتماس قاضي التنفيذ أمرا حتميا. ولكن من هو قاضي التنفيذ المختص ؟ تميز هنا المادة 458 مكرر 17 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية بين قاضي مختص وآخر، بحسب نوع القرار التحكيمي إن كان قرارا جزائريا أم قرارا تحكيميا أجنبيا. فإذا كان القرار المزمع تنفيذه هو قرار جزائري، بمعنى، إذا كان مقر المحكمة التحكيمية التي صرحت به يقع في الجزائر، فهو يعتبر قابلا للتنفيذ من طرف رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها هذا القرار. وبالمقابل، إذا كان مقر هيئة التحكيم يقع خارج تراب الجمهورية، فإن الأمر بالتنفيذ الجبري للقرار يعود إلى رئيس المحكمة أين التنفيذ هو مطلوب.

ويستفاد مما سبق تحليله، إلى أن الإتفاقيات الدولية عموما، والعربية تحديدا، تعول قبل كل شيء على إرادة الأطراف في تنفيذ القرار التحكيمي. ولهذا الغرض، فإنهـا لـم تتحدث - كما ذكرنا - عن إكسائه بصيغة التنفيذ. ولكن، أحيانا قد يدفع إمتناع أحد الطرفين عن تنفيذ القرار التحكيمي، الطرف الآخر إلى اللجوء إلى التنفيذ الجبري. وهنا، يصـبح المرور إلى القضاء الوطني لإكساء القرار بالصيغة التنفيذية حلا لا بـد منـه، لإضـفاء القرار عنصر الفعالية اللازمة له، وإلا بقي حبرا على ورق. ولكن، وكأي حكم آخر، فهذا لن يمنع في جميع الحالات، من يهمه الأمر من أن يطعن في هذا القرار، إذا كانت الأوجه التي أسس عليها هذا الطعن هي مقبولة. إن القرار التحكيمي الصادر عن هيئة تحكيم حر أو عن هيئة تحكيم مؤسساتي، فإن القانون الداخلي ينظر إلى هذا القرار على أنـه قـرار تحكيمي دولي. ويطبق عليه أحكامه الخاصة بالطعون. وهناك حاليا، نزعة عامـة نحـو إستبعاد المحاكم الوطنية من النظر مثلا في دعاوى الإبطال. ودليلنا في ذلـك، أن المـادة 52 من إتفاقية واشنطن نصت على أنه يمكن لأحد الطرفين، الدولة أو المستثمر الأجنبي،

(870) David. R, L'arbitrage dans le commerce international, éd économica, 1982, p. 492.

أن يطلب إبطال القرار التحكيمي، ليس أمام محكمة وطنية ولكن من خلال طلب كتابي يقدمه إلى السكرتير العام للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار. إلا أن هذا الطلب لا بد وأن يكون مؤسسا على أحد الأسباب التالية:

- أن محكمة التحكيم لم تكن مكونة تكوينا سليما.
- أن المحكمة تجاوزت سلطاتها بشكل جلي.
- أنه قد وقع تأثير غير مشروع على أحد أعضاء المحكمة.
- أنه قد حدث تجاوز لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات.
- أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

ويجب أن يودع طلب الإبطال في أجل 120 يوما التالية لصدور الحكم. أما في حال طلب الإبطال بالإستناد إلى الرشوة، فإنه في مثل هذه الظروف، يجب أن يقدم الطلب خلال المائة وعشرين يوما الموالية لإكتشاف الرشوة. وفي جميع الحالات، خلال السنوات الثلاث التالية لتاريخ صدور الحكم. إلا أنه تطبيقا للمادة 50 من لائحة التحكيم المتعلقة بافتتاح الدعوى أمام المركز، يمكن للسكرتير العام أن يرفض تسجيل أي طلب بعد إنقضاء المدة المقررة. وبالنسبة لقرار الإبطال، فقد أثيرت مسألة تتعلق بمدى السلطة التقديرية التي تملكها " اللجان الخاصة" قصد إبطال القرارات التحكيمية، خاصة عندما يتأكد لها أن الإبطال هو مؤسس وفقا لأحكام المادة 52 من لائحة التحكيم. لا يوجد في الحقيقة، موقف موحد في خصوص هذه النقطة بالذات. في حين تقر " لجنة الإبطال" في قضية Klöckner بوجود إلتزام بالإبطال (871). إعتبرت لجنة الإبطال في قضية Mine ضد جمهورية غينيا، أنها تملك هامشا من التقدير من أجل إبطال أو عدم إبطال القرار التحكيمي (872). كما يمكن للجنة الإبطال طبقا للمادة 51 فقرة 3 أن تبطل بصفة كلية أو جزئية القرار التحكيمي. فمثلا في قضية Klöckner التي سبق وأن أشرنا إليها، لاحظت لجنة الإبطال أن الإبطال الجزئي للقرار التحكيمي يمكن تبريره من جهة، إذا كان الجزء المعيب بسبب

---

(871) Rambaud. P : « L'annulation des sentences Klöchner et Aramco », in A.F.D.I. 1968, pp. 259-274.
(872) Voir affaire Mine c/ République de Guinée, décision du 22 déc 1989, JD.I, 1991, p. 167.

تجاوز السلطة الذي هو موضوع النزاع، يمكن تحديده وفصله عن الكل. كما يمكن تبريره من جهة أخرى، إذا كان الجزء المتبقي من القرار، في حال تأكيده، كان مؤسسا على قاعدة مستقلة. ولكن، في جميع الحالات، سواء أكان الإبطال جزئيا أو كليا، فليست المحكمة التي فصلت في القضية لأول مرة أو اللجنة التي أبطلت القرار هي المختصة لإصدار قرار جديد. لا بد من تشكيل محكمة تحكيمية جديدة التي سوف يكون لها سلطة إصدار قرار تحكيمي جديد، بدون أن تكون ملزمة بقرار الإبطال الذي إتخذته لجنة الإبطال من قبل (873). من جهة أخرى، يحق لكل طرف في النزاع أن يطلب في ظرف خمسة وأربعين يوما من تاريخ صدور القرار التحكيمي من المحكمة الفصل في أي مسألة تكون قد أهملت الفصل فيها، أو أن تصلح أي خطأ، سواء أكان كتابيا أو حسابيا. ويعد قرار المحكمة الصادر في هذه المسائل جزءا من القرار الأصلي الصادر لأول مرة. الأمر الذي يستوجب معه تبليغه للأطراف بنفس الطريقة المتبعة بالنسبة لأي قرار تحكيمي آخر (874).

كما أنه إذا ثار نزاع بين الطرفين حول معنى أو مضمون القرار، جاز لأي طرف أن يطلب تفسيرا للمعنى الذي شابه الغموض. ويقدم طلب التفسير المطلوب، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الإتفاقية. كما أنه يجوز للمحكمة - إن رأت موجبا لذلك - أن تأمر بإيقاف تنفيذ القرار التحكيمي، إلى حين إصدار قرارها في الطلب (875).

ومن جانب آخر، يجوز لأي من الطرفين، الدولة والمستثمر الأجنبي إذا ما إستبان وقائع جديدة من شأنها التأثير بصفة قاطعة في قرار التحكيم أن يتقدم بطلب كتابي إلى السكرتير العام لمراجعته. بيد أنه، يجب تقديم الطلب خلال ثلاثة أشهر من إكتشاف هذه الوقائع، وبشرط ألا يكون قد مر ثلاث سنوات على تاريخ إصدار القرار. كما يتعين أن تكون هذه الوقائع غير معلومة بالنسبة للطرف المدعي. ويقوم السكرتير العام بعرض هذا الطلب على المحكمة التي سبق أن أصدرت القرار، و إذا تعذر ذلك يجري تشكيل محكمة

---

(873) Clunet 1987, pp. 174-184. Commentaire E. Gaillard.

(874) راجع المادة 49 فقرة 2 من إتفاقية واشنطن، المرجع السابق.

(875) راجع المادة 50 فقرة 2 من إتفاقية واشنطن.

جديدة وفقا للقواعد المعمول بها للنظر في الطلب، ويكون للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيـذ القرار إنتظارا للفصل في الطلب.

أما على مستوى الإتفاقيات العربية، فالأمر يختلف هنا، بالنسبة للطعون التي يمكن أن يرفعها أحد الطرفين ضد القرار التحكيمي، في حين نظمت الإتفاقيـة العربيـة لسـنة 1974 طعنين، وهما الطعن عن طريق المراجعة والطعن عن طريق الإلغاء، فإن الإتفاقية العربية لسنة 1980 لم تنص إلا على طعن وحيد ألا وهو الطعن عن طريق الإسـتئناف. ويبدو أن إتفاقية 1974 هي قريبة جدا من إتفاقية واشنطن بينما كان من الأجدر أن تكون إتفاقية سنة 1980 هي القريبة أو المماثلة لإتفاقية واشنطن. ربما أراد محرورا الإتفاقيـة العربية الأخيرة من خلال إسقاطهم للطعنين المذكورين سلفا، هـو تبسـيط الإجـراءات والإكتفاء فقط بالطعن عن طريق الإستئناف. وهو نفس المصير الـذي لقيتـه الإتفاقيـة العربية المنشئة للوكالة العربية لضمان الإستثمار التي بدورها لم تنص لا على المراجعـة ولا على الإلغاء. ونرى هذا الإختلاف بين الإتفاقيات العربية وإتفاقية واشنطن يكمن أيضا مثلما بينه الأستاذ حرشاني بالنسبة للإختلاف الموجود بين الإتفاقيات العربية في حد ذاتها، هو راجع إلى التباين الموجود في نوع التحكيم الذي أخذت به هذه الإتفاقيات، تحكيم حـر في الإتفاقيات التي غاب فيها الطعن بالمراجعة أو الإلغاء وتحكيم مؤسساتي أكثـر دقـة وتنظيما أين نجد فيها الطعون بمختلف أنواعها، إن لم نقل أهمها. ونقصد بذلك المراجعـة والإلغاء.

ولكن ماذا الآن عن قانون التحكيم في الجزائر في خصوص الطعون الموجهة ضد القرار التحكيمي ؟ يختلف هذا القانون نسبيا عن الإتفاقيات المتعددة الأطراف، بما أنه لـم يأخذ بالطعن عن طريق المراجعة مثلما وجدناه في إتفاقية واشنطن. ولكنـه أبقـى علـى الإلغاء مع إضافة الطعن عن طريق الإستئناف الذي لم نعثر عليه إلا في الإتفاقية العربية لسنة 1980. إذن - وكما نلاحظ - فقد عمد المشرع إلى المزج بين نوعين من الطعـون. ولكن، ونحن بصدد التكلم عن الطعن عن طريق الإستئناف، فتجدر الإشـارة إلـى أنـه، وخلافا للإتفاقية العربية لسنة 1980 التي نصت على أن يكون الإستئناف موجـه ضـد

القرار التحكيمي، فالإستئناف في ظل المرسوم 93-09 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، هو موجه أصلا ضد الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإبتدائية في حالتين، سواء أكـان هذا الأمر يقضي بالرفض أو بالقبول بالإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي. وهكذا، ففـي حالة الرفض، تنص المادة 458 مكرر 22 على أنه " يكون القرار الذي يرفض الإعتراف أو التنفيذ قابلا للإستئناف". وهذه المادة هي شبيهة في الحقيقة بالمادة 1501 مـن قـانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد. يرى الأستاذ تركي " من الصعب أن يجد الإسـتئناف ضد قرار تحكيمي طريقا للتطبيق في الواقع، لأن القاضي الوطني سوف يعمد فقط إلـى مراقبة القرار التحكيمي من الناحية الشكلية للتأكد أولا، من أنه موجود. وثانيا، إذا كان لا يخالف النظام العام الدولي. وعليه، فإعمال الإستئناف في ظروف إقتصاد السـوق التـي تعرفها الجزائر يبقى مستبعدا" (876). من جهة أخرى، يمكن أن يوجه الطعن عن طريـق الإستئناف ضد قرار صادر عن رئيس المحكمة يمنح الإعتراف والتنفيذ لقرار تحكيمـي صدر في الجزائر. إن هذا الإستئناف لا يمكن رفعه إلا في حالات محددة، لأنـه يمكـن التصريح بعدم قبوله من الناحية الشكلية، إذا لم تتوفر فيه الشروط القانونية. وكمـا هـو ملاحظ، وخلافا للإتفاقيات المتعددة الأطراف، فإن الطعن بالإسـتئناف لا يمـس القـرار التحكيمي إلا بطريقة غير مباشرة.

ولا يهدف بالتالي الطعن بالإستئناف ضد الأمر المانح للإعتراف إلا عرقلة تنفيـذ القرار التحكيمي في الجزائر وليس إلغاؤه تماما. أما عن الإلغاء، وهو الطعن الذي يشترك فيه المرسوم التشريعي لسنة 1993 مع إتفاقية واشنطن لسنة 1965 والإتفاقيـة العربيـة لسنة 1974، فهو ما هو منصوص عليه في المادة 458 مكرر 25: " يمكـن أن تكـون القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع طعن بـالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 أعلاه". وهي نفس الحالات التي جاءت بها إتفاقية نيويورك لسنة 1958 وإتفاقية واشنطن وإتفاقية عمـان العربيـة لسـنة 1987 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي. مما يؤكد بدون أدنى شك، مدى تأثر المشرع

(876) Terki. N : op cit, p. 132.

بهذه الإتفاقيات. بالإضافة إلى لجوء المشرع إلى توحيد حالات الطعن، سواء عن طريق الإستئناف أو البطلان. وهي الحالات التي نصت عليها - كما ذكرنا - المادة 458 مكرر 23. ويمكن تلخيص هذه الحالات التي سوف نتعرض إليها بالتفصيل لاحقا في خمس حالات وهي: إنعدام أو بطلان أو إنقضاء مدة إتفاقية التحكيم، إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون. ثم إذا فصلت المحكمة التحكيمية دون الإمتثال للمهمة المسندة إليها، أو لم يراع مبدأ حضور الأطراف أو إذا كان الإعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.

ولكن الأمر الذي يجب أن نؤكد عليه، وهو أن الإتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بتسوية النزاعات التي لها إرتباط وثيق بالإستثمارات، سواء أكانت دولية أو إقليمية، قد نصت أيضا إلى جانب التحكيم على اللجوء إلى القاضي.

الفصل الثاني: اللجوء إلى القاضي.

عندما نتكلم هنا عن القاضي، فإننا نعني به داخليا القاضي الوطني أو القاضي الداخلي Le juge interne (المبحث الأول). كما أننا نعني به جهويا، القاضي الجهوي وتحديدا القاضي الجهوي على المستويين، الإقليمي العربي والمغاربي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القاضي المحلي.

طبقا لأحكام أغلب الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي تعالج موضوع التسوية القضائية خارج التحكيم بإعتباره قضاء خاصا، يمكن أن يلجأ الطرفان، الدولة أو المستثمر الأجنبي، إلى القاضي المحلي، بإعتباره مرحلة تقاضي سابقة عن التحكيم (المطلب الأول) أو اللجوء إليه مباشرة بإعتباره الإختيار الأوحد والأمثل في نظرهما (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية.

إن السؤال الذي يطرح نفسه، ماذا يعني مبدأ الإستنفاذ المسبق للطعون الداخلية المنصوص عليه في إتفاقية واشنطن الدولية، وهل يمكن أن نجد أثرا لهذا المبدأ في الإتفاقيات العربية المتعددة الأطراف وفي الإتفاقية المغاربية كإتفاقيات إقليمية ؟ في الحقيقة، لا يمكن التحدث عن اللجوء المسبق للقاضي المحلي أو ما يطلق عليه من قبل الإتفاقية الدولية بالإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية إلا بالنظر إلى التحكيم. وعليه

فنحن نسأل: هل يمكن إعتبار التحكيم في هذه الحالة كآلية جاءت لتحل محل قضاء الدولة أم إعتباره مجرد طريقة إحتياطية وإستثنائية للجوء المبدئي والمسبق للقاضـي المحلـي ؟ وهي الإشكالية التي تثيرها المادة 26 من إتفاقية واشنطن بإعتبارها إتفاقية دولية متعـددة الأطراف، عندما تنص أنه"يجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتها على طرح النـزاع على التحكيم في نطاق هذه الإتفاقية، إستيفاء طرق التسوية الداخلية سـواء الإداريـة أو القضائية". وللإجابة عن هذه الإشكالية، يجب علينا أن نستعرض تصـورين، همـا فـي الحقيقة متعارضان. يقوم التصور الأول على فكرة، أنه يجب تعمـيم التحكـيم وإسـقاط ببساطة العمل بمبدأ إستنفاذ طرق الطعن الداخلية الذي يعكس بالضرورة شـئنا أم أبينـا، السيادة القضائية للدولة المضيفة للإستثمار. وهذا الرأي بطبيعة الحال هو الـرأي الـذي يدافع عنه إلى وقت ليس ببعيد، الفقهاء الغربيون لإعتبارات شتى، من بينها ما جاء علـى وجه الخصوص في تقرير Mathew الذي يقول: " ... فيما يتعلق بمسألة إسـتنفاذ طـرق الطعن الداخلية، يبدو من الأفضل إخضاع النزاعات مباشرة إلى التحكيم. إن اللجوء إلـى المحاكم الداخلية يتطلب نظاما قانونيا وجهازا قضائيا يعمل. وهو الشيء الذي لا تملكه بعض البلدان على الأقل. إن المشكلة تكمن جزئيا في غياب أنظمة قانونية متطورة بما فيه الكفاية وأجهزة قضائية منظمة بصفة جيدة. إن الحل الأمثل هو اللجوء بدون شـك إلـى التحكيم، لأن هذه الصيغة تسمح بتفادي إستعمال طرق الطعن الداخلية، فيصـبح عندئـذ التحكيم الطعن الوحيد المتعمد" (877). وهكذا، فالفقهاء الغربيون يعتبرون أن مبدأ إسـتنفاذ طرق الطعن الداخلية تشكل عائقا، يجب إزاحته. يرى الأسـتاذ Dehaussy " أن التحكـيم يبقى الوسيلة المفضلة إتفاقيا Conventionnellement على أي وسيلة أخرى لتسوية النزاعات المحتملة مع الدولة المتعاقدة، ذلك أن محاكم هذه الأخيرة، غالبا مـا تخشـاها الشـركات بسبب عدم تقديمها ضمانات، مثل حسن التنظيم والحياد. وعليه، فمـن الأجـدر ألا يقـع اللجوء إليها. ومن ثمة، فإن التسوية القضائية عن طريق التحكيم الدولي لا يمكن ربطهـا على الإطلاق بما يسمى الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية" (878). وفي نفس الإتجاه

(877) Voir rapport sur la protection des investissements privés étrangers dans les pays en voie de développement. Conseil de l'Europe. Document n° 1419, n° 33, p.50.
(878) Encyclopédie Dalloz de droit international, arbitrage, droit international public, n° 154, p. 154.

رأي آخر يقول، بأن القبول بالتحكيم يجب أن يؤدي إلى التخلي المطلق عن مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية التي جاءت به المادة 26 مـن إتفاقيـة واشـنطن، نظـرا للعراقيل التي يمكن أن تعترض المستثمر الأجنبي إذا إستعمل هذا المبـدأ. مـن بينهـا، مصاريف التقاضي للدولة المضيفة إلى جانب الشكوك التي تحوم حول إستقلالية القضـاء الوطني في تلك الدولة وفي قدرة القضاة على حل نزاعات في حجم ونوعيـة النزاعـات المتعلقة بالإستثمارات هم غير مؤهلين لها. ومن ثمة، فإن التخلي عـن مبـدأ الإسـتفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية سوف يسهل – حسب هذا الإتجاه – حل النزاع أمام المركز بدلا من تعطيله وتعقيده (879).

ولكن بالرغم من أن هذا التصور هو السائد اليوم في العقود التـي تـربط الـدول المضيفة بالشركات الأجنبية، إلا أنه يوجد أيضا تصور آخر لمبدأ إستفاذ طـرق الطعـن الداخلية. وهذا التصور هو مبني على مبدأ الحصانة القضائية التي تتمتع بها كـل دولـة مضيفة للإستثمارات، والذي ترجمته المادة 26 من إتفاقية واشنطن السالفة الـذكر. ففـي الوقت الذي نصت فيه على التحكيم كطريقة من طـرق فـض النزاعـات بـين الدولـة والمستثمر الأجنبي، فهي لم تتغاضى عن إشتراط الدولة لموافقتها على طرح النزاع على التحكيم أن تستنفذ قبل كل شيء طرق الطعن الداخلية. وهو أمر لا يمكن أن يتجنبه – في نظرنا – حتى المستثمر الأجنبي نفسه. وهذه الإمكانية المتاحة من قبل الإتفاقية تعكس في الحقيقة الوجه الآخر من العملة، وهو أنه بالنسبة للتصور الآخر من مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية، لا يمكن أن يتبوأ التحكيم مرتبة أعلى من الطعون الداخلية. بل هو مجرد آلية إحتياطية لتسوية النزاعات بين الدولة والمستثمرين الأجانب. ولأنه وضع هـذا المبدأ من قبل إتفاقية واشنطن كشرط مسبق قبل الموافقة على اللجوء إلى التحكـيم، فهـو يرمي بالذات إلى عدم تدويل النزاع بصفة آلية. تم أن التنصيص عليه صلب المـادة 26 من شأنه أن يمكن الدولة المضيفة في حال عرض النـزاع أمـام المحـاكم الوطنيـة أن تقوم بإصلاح الأضرار التي قد تلحق بالمستثمر الأجنبي في عين المكان وطبقا لقوانينها

(879) Amadio. M : op cit, pp. 132-133.

الداخلية. وقد كان لهذا المبدأ تطبيقات عدة، سواء على مستوى إجتهادات القضاء الوطني أو التحكيم الدولي. كما جرى التأكيد عليه في السابق، في التوصيات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والمتعلقة بحق التأميم (توصية رقم 1803 – XVII حول سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية). فقد نصت هذه التوصية على سبيل الذكر – أنه " في جميع الحالات التي تكون فيها المسائل المتعلقة بالتعويض محل جدل، فإن الطعون الداخلية يجب أن تستنفذ" ولكن السؤال يبقى قائما ذلك أن المادة 26 من إتفاقية واشنطن وهي تتكلم عن الطعون التي من الممكن أن يلجأ إليها الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي، فقد إستعملت عبارة " أي طريق آخر للطعن" tout autre recours في إطار ما يمكن أن نعتبره تخل للطرفين عن طرق أخرى للطعن بعد أن كانا قد وافقا على التحكيم. وقد فسره البعض ومن بينهم الفقيه Amadio على أن هذا التخلي لا يعني فقط التخلي عن طرق الطعن الداخلية بل وأيضا عن طرق الطعن الدولية الأخرى مثل التحكيم لدى هيئة دولية أخرى غير المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات (880). كما أن عبارة " أي طريق آخر للطعن" قد تعني أيضا من جهة أخرى، تخل من جانب المستثمر الأجنبي عن الحماية الدبلوماسية لحكومته. ومن ثمة، فالإتجاه العام في خصوص إشتراط إستنفاذ طرق الطعن الداخلية هو أن عدم إستعمال هذا المبدأ هو ممكن بل ويصبح وجوبيا ومنطقيا، إذا إعتبرنا أن مجرد القبول بالتحكيم يعد في نهاية الأمر تخل مطلق عن اللجوء إلى أي طريق آخر للتسوية، سواء أكان داخليا أو دوليا غير التحكيم (881). ولكن، بالمقابل ماذا يعني مرة أخرى، أن تشترط الدولة المضيفة للإستثمار للقبول بالتحكيم إستنفاذ طرق الطعن الداخلية ؟ إن إشتراط الدولة المضيفة إستنفاذ طرق الطعن الداخلية قبل اللجوء إلى التحكيم، يعني أولا، أن اللجوء إلى التحكيم لن يكون بصفة آلية. وهذا ما يؤكد أن طرق الطعن الداخلية يجب أن تستنفذ قبل عرض النزاع أمام المركز. قبل ذلك، فيجب على المركز أن يصرح بعدم إختصاصه. أما إذا التمس أحد الطرفين المركز و أية محكمة

---

(880) Amadio. M : op cit, p. 134.

(881) راجع المادة 27 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن.

داخلية أخرى، سواء أكانت عادية أو إدارية للدولة، فإننا نصبح أمام حالة تسمى حالة سبق إدعاء Litispendance. في مثل هذه الظروف، فإن هذه الوضعية يجب أن تسوى وفقا لإرادة الطرفين. وفي غير هذه الحالة، من قبل الهيئتين، الوطنية أو الدولية، أي على إحدى الهيئتين أن تتنحى عن الفصل في النزاع لصالح الهيئة الأخرى. أما إذا صرحت الهيئة الوطنية التي سبق وإن ألتمست من قبل أحد الطرفين بعدم الإختصاص، فإن المركز يصبح هو المختص. وهكذا، يستفاد مما سبق ذكره، أن التمسك بمبدأ الإستنفاذ المسبق للطعون الداخلية يعني التخلي عن الطعون الدولية الأخرى الموازية. ولكن، من جهة أخرى، مع التأكيد على أن اللجوء إلى التحكيم يعني التخلي عن ممارسة أي طعن آخر، طبقا للمادة 26 من إتفاقية واشنطن. إلا أن اللجوء إلى المحاكم الداخلية في المقابل، لا يمكن بأي شكل من الأشكال التغاضي عنه أو تجاهه، عندما نعلم، أن المادة 47 من نفس الإتفاقية تشير من جهتها إلى أنه " وما لم يتفق على غير ذلك، يجوز للمحكمة، متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توصي بكافة التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف". وكذلك عندما تؤكد في المادة 39 منها على أنه " يمكن للطرف في أي وقت وخلال الإجراءات أن يطلب من المحكمة أن تتخذ إجراءات قصد المحافظة على حقوقه".

وقد كانت هذه النصوص موضوع نقاش بمناسبة القضية التي كانت قد رفعت أمام المحاكم الفرنسية بين شركة نرفجية تدعى Company Atlantic Triton وجمهوريـة غينيـا الشعبية والشركة الغينية للصيد Soguipêche. بالنسبة لجمهوريـة غينيـا، إن النصـوص المختلفة التي ذكرناها سلفا، تعني في الواقع أن القبول بتحكيم " سيردي" يحمل في طياتـه التخلي بما لا يدع مجالا للشك فيه، عن اللجوء مباشرة إلى المحاكم الوطنيـة لإتخـاذ أي إجراء تحفظي. وتضيف، أنه لإتخاذ مثل هذا الإجراء، فإن الطرف الـذي قبـل بتحكـيم " سيردي" كان يجب عليه حتما أن يتوجه، في مرحلة قبلية، إلـى المحكمـة التحكيميـة للمركز من أجل الحصول على " توصية" مسبقة. بعد هذه المرحلة، يمكن له أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية قصد وضع الإجراء المؤقت حيز التنفيذ في الحدود التي تسمح به القواعد الوطنية المنطبقة على الإجراء في الدولة المطلوب فيها تنفيذه. يـرى الفقيـه Ouakrat أن

جمهورية غينيا قد تبنت قراءة جد مطابقة للأفكار المعلنة من قبل المركز والتي تضمنها دليله الذي يؤكد بكل وضوح أنه " ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، فإن القبول بتحكيم المركز يستبعد أي طعن آخر. وتبعا لذلك، فالأطراف لا يمكن لهم أن يتوجهوا إلى سلطات محلية أو قضائية للحصول على إجراءات مؤقتة، بل عليهم اللجوء إلى المحكمة التحكيمية فقط" (882).

ولكن الفكرة القائلة بأن مجرد قبول الدولة المضيفة بالتحكيم يعني ضمنيا تخلي هذه الأخيرة عن مبدأ الإستنفاذ المسبق للطعون الداخلية ليست دائما صحيحة، ذلك أنه لم يعمل بهذه الفكرة إلا في بعض القرارات التحكيمية. والدليل على ذلك، أنه مثلا في القضية التي جمعت شركة Chicago Bridge بالجمهورية الإسلامية الإيرانية (883)، إعتبرت المحكمة أن الشرط التحكيمي موضوع النزاع، لا يمكن أن يشكل تخل ضمني عن الحصانة القضائية، مستندة في ذلك، إلى كون التحكيم لم يقع على التراب الأمريكي وأن القانون الأمريكي لم يكن هو القانون الواجب التطبيق والمختار من قبل الطرفين. ونفس الأساس تقريبا إرتكزت عليه قرارات تحكيمية أخرى في قضايا أخرى، مثل قضية الشركة الإيرلندية Verlinden. B ضد Central Bank Of Nigeria أو في قضية شركة Obritrup ضد Firearms Center Inc (884). ففي قضية Verlinden B، إعتبرت المحكمة أن القبول بالتحكيم لا يعني أن الدولة الأجنبية قد تخلت ضمنيا عن حقها في إثارة الحصانة القضائية أمام المحاكم الأمريكية حتى في عدم وجود أي رابطة مع الولايات المتحدة الأمريكية. أما في قضية Obritrup، فإن المحكمة صرحت بأن التخلي الضمني عن الحصانة القضائية المزعوم في دعوى خاصة لا يمكن أن يمتد إلى أي دعوى أخرى. بمعنى آخر، أنه لا يجب إعتبار مثل هذا التخلي " المزعوم" كقاعدة عامة يجب إعتمادها في جميع الأحوال، بل يجب النظر إلى هذا التخلي حالة بحالة. ولكن، إلى جانب هذه القرارات التحكيمية التي تقر بإمكانية التمسك بالحصانة القضائية التي تلتقي مع مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن

---

(882) Ouakrat. Ph : « La pratique du CIRDI », in D.P.C.I, 1987, n° 2, p. 299.
(883) Chicago Bridge c/ Islamic of Iran. 506 F. supp. 981 (N.D III, 1980).
(884) Voir ces affaires in Chappez. J, la règle de l'épuisement des voies de recours internes, L.G.D.J, Paris 1972, p. 122 et s.

الداخلية إن لم نقل أنها تعد تجسيدا له. هنالك موقف آخر للإجتهاد القضائي وللفقه أيضـا والذي يعتبر من جانبه أن القبول بالشرط التحكيمي يعني التخلي عن الحصانة القضـائية. وهو نفس الموقف الذي يكرسه الإجتهاد القضائي المحلي. ففي فرنسـا مـثلا، يمكـن أن نلمس هذا الإتجاه في القضية التي كان طرفاها كل من الشـركة الأوروبيـة للدراسـات والمقاولات (S.E.E.E) والجمهورية اليوغسلافية. فقد قضت المحكمة الإبتدائية فـي هـذه القضية باعتبارها قاضي إستعجال في الأمر الصادر عنها، " أن إدراج شرط تحكيمي من قبل الدولة اليوغسلافية في العقد، يعني أنها قبلت التخلي عن حصانتها القضائية وفي نفس الوقت تخليها عن الأمر بالتنفيذ L'ordonnance d'exéquatur الذي يعتبـر ضـروريا حتـى يكتسب القرار التحكيمي الصادر في القضية القوة اللازمة له" (885). وهـو الأمـر الـذي إستأنفته الحكومة اليوغسلافية ثم طعنت فيه أمام محكمة النقض الفرنسية التي صرحت في قرار لها بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1986 برفض الأساس الذي قام عليه الطعـن بـالنقض المرفوع من قبل الحكومة اليوغسلافية والذي مفـاده أن " التخلـي عـن الحصـانة القضائية لا يمكن أن يستنتج من مجرد إدراج شرط تحكيمي فـي العقـد" (886). ونفـس الإتجاه، تحت نحوه المحكمة التحكيمية في قضية الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق وشركة (S.P.P) Soutthern Pacific propertie، التي أكدت في إحـدى حيثياتهـا أن الدولـة المصرية تعد طرفا في العقد المتنازع فيه من خلال توقيع وزير السياحة لهذه الدولة عليه وهكذا، فقد كان المحكمون محكومين بالمبدأ الذي يقضى بأن قبول الدولة بشرط تحكيمـي يساوي في الدعوى التحكيمية الحالية تخل هذه الدولة عن حصانتها القضائية وبطريقة غير مباشرة عن مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية. ولكن، وعلى إثر دعوى رفعتها الحكومة المصرية من أجل إبطال القرار التحكيمي لدى محكمـة الإسـتئناف ببـاريس، صرحت هذه الأخيرة بأن الموافقة التي عبر عنها وزير السياحة للدولة المصرية والتـي أضاف إليها عبارات " أعتمد و وفق وصودق عليه" في العقد الذي تضمن شرطا تحكيميا،

---

(885) Décision rendue le 08 juillet 1970. Tribunal gr. inst. Paris (référé), Clunet, 1971, p. 131, note Ph. Khan, in. Rev.arb. 1975, p. 328.
(886) Arrêt commenté par J.L. Delvolvé, in Rev.arb. 1987, pp. 149-156.

لا تعني أن الدولة المصرية قد تخلت عن حصانتها القضائية وبطريقة غير مباشرة عـن اللجوء إلى طرق الطعن الداخلية (887). وربما، حاول بعض الفقهاء الحـد مـن الآثـار المترتبة عن التمسك بالحصانة القضائية فربطوا هذه الحصانة بطبيعة النشاط الذي تمارسه أشخاص القانون العام الإعتبارية. ومن أجل ذلك، فقد إتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى معيار يعتمد على الصفة القانونية ومدى تبعيته للدولة أي بمفهـوم المخالفـة، لا يجـوز للشخص الإعتباري العام التمسك بالحصانة القضائية، طالما أنه يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ذاتها. وتأكيدا على هذه الفكرة، فقد رفضت محكمة La Seine المدنيـة الأخذ بالدفع الذي أثاره البنك العقاري النرويجي (المدعى عليه) والذي تمسك فيـه بعـدم إختصاصها إستنادا إلى حصانته القضائية، مؤكدة على أنه بالرغم من أن هذا البنك قد أنشأ بقانون خاص وأن رأسماله ملك للدولة وأن مجلس إدارته هو معين من قبل الهيئـة التشريعية، فقد ثبت للمحكمة من أوراق القضية تمتع هذا البنـك بالشخصـية القانونيـة المستقلة عن الدولة (888). إلا أنه يوجد أيضا معيار ثان أخذ به جانب من القضاء الفرنسي يتعلق بالتصرف أو النشاط ذاته. ونعني أنه في إطار هذا المعيار، يمكن التمسك بالحصانة القضائية وبالتالي التشبث بطرق الطعن الداخلية، إذا تصرف هذا الشخص بـالرغم مـن تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة، بناء على أمر من الدولة ولحسابها. ويكون بذلك فـي هذه الحالة قد مارس عملا من أعمال السيادة مفوضا فيه عن الدولة ذاتها. وقد إعترفـت محكمة النقض الفرنسية بناء على هذا المعيار لبنك إسبانيا بالحصانة القضائية، بالرغم من أن هذا البنك له الحق في أن يمارس أعمالا تجارية، كالتي يمارسها تاجر عادي، وذلـك لكونه يعمل في إطار الشروط التي تفرضها الدولة الإسبانية وعلى أسـاس تمثيلـه لهـذه الأخيرة. ومن ثمة، فإنه يقوم بهذا العمل بصفته تابعا لها (889).

---

(887) Voir sur l'ensemble de cette affaire. Le Boulanger. Ph : « Etat, politique et arbitrage, l'affaire du plateau des pyramides », Rev.arb. 1986, p. 3 et s.
(888) Trib. civ. Seine, 16 juin 1955, Gaz du Pal, 1955, 2, p. 61, Concl Blondeau.
(889) Cass. Civ. 3 novembre 1952, Rev. Crit. D.I.P 1953, p. 425, note Freyra.

وإن كان في الحقيقة، إرتباط الحصانة القضائية بطبيعة النشاط قد أثار جدلا حـول التفرقة التي يجب – كما نعلم – القيام بها، بين الأعمال التي تمارسها الدولة بموجب حـق السيادة Jus imperium وأنشطة الإدارة التي تباشرها الدولـة بموجـب حـق الإدارة Jus gestionis أي الأعمال ذات الطابع التجاري البحت (890).

ولكن ماذا عن إمتدادات مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية في الإتفاقيات العربية المتعددة الأطراف والإتفاقية المغاربية لسنة 1990 ؟ لم تكـرس فـي الحقيقـة، الإتفاقيات العربية مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية إلا بصفة محتشمة. بمعنى آخر، أننا لم نجد في الإتفاقيات العربية ما يقابل المادة 26 من إتفاقية واشـنطن، ماعـدا الإتفاقية العربية لسنة 1974 التي تشير بصورة غير مباشرة إلى هذا المبدأ. ففـي إطـار هذه الإتفاقية، عندما يتفق الطرفان، الدولة العربية من جهة والمستثمر العربـي باعتبـاره رعية الدولة العربية الأخرى على اللجوء إلى التحكيم، فإنهما يكونان بذلك قد تخليا عـن اللجوء إلى أي وسيلة أخرى غير التحكيم إلا إذا أرادا غير ذلك. بمعنى آخر، إلا إذا إتفقا على وسيلة أخرى. ولكن تكون هذه الوسيلة إلا اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة العربية المضيفة للإستثمار. ولكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام. هل مـن الممكـن أن يتخلى المستثمر العربي عن التحكيم وإختياره بدلا عنه الوقوف أمـام المحـاكم الوطنيـة للدولة العربية المضيفة – حتى ولو جزمنا سلفا – أنه ينتمي إلى منطقة واحـدة ألا وهـي المنطقة العربية، ولكونه مستثمرا عربيا يسهم في التنمية العربية الشاملة ؟ لا نعتقد ذلـك. ولكن بالمقابل، هل يمكن للدولة العربية المضيفة أن تشترط في إطار الإتفاقيـة العربيـة لسنة 1974، قبل إخضاع النزاع إلى التحكيم، الإستنفاذ المسبق مـن طـرف المسـتثمر العربي لطرق الطعن الداخلية ؟ لا نعتقد ذلك أيضا، لأن المادة 19 مـن إتفاقيـة 1974 تضع اللجوء إلى التحكيم كمبدأ. أما إمكانية اللجوء إلى المحاكم الوطنية، فهو الإسـتثناء. ولهذا الغرض يعتبر الأستاذ حرشاني "أن اللجوء إلى التحكيم في إتفاقية سنة 1974 هو

---

(890) عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية. القـاهرة 1993. ص 92 وما بعدها.

أكثر آلية Plus systématique من ذاك المنصوص عليه في إتفاقية واشنطن" (891). والـدليل عن ذلك، حسب نفس الفقيه، " أن المادة 19 خلافا للمادة 26 من إتفاقيـة واشـنطن لـم تشترط للقبول بالتحكيم الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية من قبل المستثمر العربي، رعية الدولة العربية الأخرى" (892). ولكن، هل يمكن في المقابل أن نفسر سكوت الإتفاقية العربية لسنة 1974 على أنه بمثابة تخل ضمني من جانـب الـدول العربيـة المضـيفة للإستثمار عن حقها في التمسك بشرط الإستنفاذ المسبق للطعون الداخلية ؟ لا نعتقد ذلـك، لأن عدم التنصيص صراحة على مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية من طرف الإتفاقية العربية لا يعني البتة إستبعاده أو منعه من قبل المادة 19، بـل نـرى أن هـذه الأخيرة، حتى وإن جعلت من اللجوء إلى التحكيم المبدأ، فقد أخضعته مثله مثل الطعـون الداخلية إلى إتفاق الطرفين. وبمعنى آخر، أنه يمكن للطرفين أن يتفقا على إستعمال طرق الطعن الداخلية مباشرة أو كطعن مسبق عن التحكيم، بما أن المادة 19 قد وظفت عبارة " إذا إتفقا على خلاف ذلك". أي، أنهما من الممكن أن يتفقا على عدم اللجوء إلى التحكيم إذا أرادا ذلك. إذن، المبدأ المكرس هنا هو مبدأ الرضائية قبل كل شيء، بقطع النظـر عـن الطريقة المتوخاة في حل النزاع، سواء عن طريق التحكـيم أو اللجـوء إلـى المحـاكم الوطنية. ولكن، إذا قارنا المادة 19 بالبنود النموذجية للمركز الدولي. وهي البنـود التـي جاءت لتجسد المادة 26 من إتفاقية واشنطن، فإننا نلاحظ أن هذه البنود لا تأخـذ إطلاقـا بالتخلي الضمني عن مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية بل تجعل من هذا المبدأ قاعدة ملزمة للمستثمر لكي يستنفذ أولا الطعون الداخلية قبل الشروع في التحكيم (893).

ولكن ماذا عن الإتفاقية المغاربية لسنة 1990 ؟ لم تنص هـذه الإتفاقيـة بصـفة مباشرة و واضحة عن اللجوء المسبق لطرق الطعن الداخلية في مواجهة التحكيم، وإنما

---

(891) Horchani F : L'investissement inter-arabe .. opcit, p. 390

(892) Ibid

(893) لقد جاء في البند النموذجي ما يلي: " قبل رفع دعوى التحكيم بموجب مقتضيات الإتفاق الحالي (المادة 26)، يجب على المستثمر أن يستنفذ جميع طرق الطعن الداخلية الآتية: ... إلا إذا تخلت الدولة المضيفة عن هذا الشرط كتابيا"

Voir Doc. CIRDI /5 Rev. arb 1985, p. 33

أشارت إليه بصفة غير مباشرة عندما أحالت تسوية النزاعات التي يمكن أن تنشـأ بـين الدولة المغاربية المضيفة للإستثمار والمستثمر المغاربي رعية الدولة الأخرى إلى الهيئات ذات الطابع الجهوي، مثل الهيئة القضائية التابعة لإتحاد المغرب العربي أو عندما أحالت الطرفين إلى الهيئة القضائية العربية للإستثمار طبقا للإتفاقية العربية الموحـدة لإسـتثمار الرساميل العربية في البلدان العربية. أو عندما أحالتها أيضـا إلـى الهيئـات القضـائية المتخصصة مثل المركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار التي نظمته إتفاقية واشنطن. إذن، ففي إطار إحدى هذه الإتفاقيات فقط، يمكن للدولة أن تتشبث بمبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية. يبقى أن نشير إلى أن إختيار إحدى هذه الإتفاقيـات يبقـى مرهونا بمدى إستجابة الطرفين له. وقبل ذلك، فيما إذا كانت قد صادقت الدولتان، الدولـة الطرف في النزاع والدولة الوطنية للمستثمر المغاربي على هذه الإتفاقية أو تلـك والتـي تنص صراحة أو ضمنا على مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية، مثـل إتفاقيـة واشنطن الدولية والإتفاقية العربية الموحدة باعتبارها إتفاقية جهوية.

إلا أنه يجب أن نعلم أن إختيار القاضي المحلي لحل النزاع بين الدولة والمسـتثمر الأجنبي يمكن أن يتم ليس فقط بناء على مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية بـل وأيضا بناء على إختيار صريح من أجل اللجوء إليه مباشرة، ولكن ليس كطريقة بديلة عن التحكيم، ولكن كطريقة تقاضي وحيدة قصد فض النزاع الناشئ بين الدولـة والمسـتثمر الأجنبي في خصوص إستثمار لم ينجز أو أنجز بطريقة أخرى غير تلك المتفق عليهـا أو على إثر قرار أتخذته الدولة ضد مصالح المستثمر.

المطلب الثاني: اللجوء المباشر للقاضي المحلي.

يتعلق الأمر هنا بإخضاع النزاع بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي مباشرة إلى القاضي الوطني. بمعنى آخر، أن إلتماس القاضي الوطني لن يكـون بمثابـة مرحلة مسبقة عن التحكيم. ولكن الأسئلة التي تطرح في هذا المجال من خـلال قراءتنـا للإتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، سواء أكانت دولية أو جهوية: ما هي الحالات التي يمكن أن يلجأ فيها أحد الطرفين، الدولة أو المستثمر الأجنبي، إلى القاضي الوطني مباشرة وما هي أبعاد هذا اللجوء في مواجهة وسيلة أخرى

ألا وهي التحكيم التي ما إنفكت تنتشر وتتسع على أساس، أنها الوسيلة الحيادية والفعالـة من أجل حل النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة من جهة، والمستثمر الأجنبي مـن جهـة أخرى. وهل يمكن أن نجد تجسيدا لهذا اللجوء المباشر للقاضي الـوطني فـي التشـريع الوطني ؟ بادئ ذي بدأ، في خصوص الحالات التي يمكن أن يتدخل فيها القاضي مباشرة، فيمكن أن نذكر، حالات المصادرة ونزع الملكية والتأميم. دوليا، تعرضت إتفاقية سـيول لسنة 1985 إلى التأميم والإخلال بالعقد وإلى الحـرب والإضـطرابات المدنيـة كأحـد المخاطر التي يشملها الضمان (894). إلا أنها لم تتعرض إلى كيفية حل النزاعات التي قـد تنشأ عن هذه المخاطر. وهي نفس المخاطر تقريبا التي تعرضت إليها الإتفاقيـة العربيـة لسنة 1971 والمنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار. إلا أنه لا يخفى علـى أحـد، أن الإتفاقيتين الدولية والعربية اللتان تعرضتا إلى كل هذه المخاطر قد نظمتا ضمن أحكامهـا ما يسمى بالإحلال، أي إحلال المؤسسة الضامنة محل المؤمن له لا وهو المسـتثمر فـي مواجهة الدولة المضيفة (895). ومن نتائج هذا الإحلال، هـو السـماح للوكالـة بصـفتها الضامنة في مكان ولصالح المستثمر من أن تقوم دوليا بمطالبة الدولة المضـيفة مباشـرة réclamation directe contre l'Etat d'accueil. ومن خلال هذا الإحلال، فإن الإتفاقيـة تعفـي الوكالة من إحترام مبدأ الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية أو من إلتمـاس مباشـرة المحاكم الوطنية للدولة المضيفة. وهو يعتبر بذلك إستثناء عن اللجوء مباشرة إلى القاضي الوطني. بالإضافة إلى أن إحتمال إخضاع مثل هذا النزاع إلى إختصاص المركـز يبقـى مستحيلا، خاصة ونحن نعلم، أنه طبقا للمادة 25 من إتفاقية واشنطن، فإنه تسـتثنى مـن إختصاص المركز كل النزاعات التي تجمع دولة متعاقدة وطرف آخر غير رعية الدولـة المتعاقدة الأخرى.

---

(894) راجع المادة 11 فقرات 2 و3 و4 من إتفاقية سيول المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار لسنة 1985.

(895) أنظر المادة 18 من إتفاقية سيول والمادة 21 من الإتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربيـة لضـمان الإسـتثمار المرجع السابق.

Sur l'origine et l'évolution de la notion. Voir Mester. J : La subrogation personnnelle, L.G.D.J Paris, 1976, p. 5 et s.

ولكن خارج حالة الضمان، الأمر الذي يجب التأكيد عليه هنا، هـو أنـه عربيـا، حالتان ذكرتهما الإتفاقية العربية لسنة 1980 والتي يمكن أن نعثر فيهما علـى إمكانيـة اللجوء إلى القاضي الوطني مباشرة، وهما حالتا المصادرة والتعويض. ففـي خصـوص هاتين الحالتين، إلى جانب صفة عدم التمييز التي يجب أن تتصف بها، فيجب أيضـا أن تتوفرا على قدر من المشروعية. لأنه في الحالة العكسية، أي في حالـة مـا إذا كانـت المصادرة غير مشروعة مثلا، فهذا سوف يسمح للمسـتثمر بإعتبـاره الضـحية بسـبب الإجراء الذي إتخذته الدولة المضيفة من أن يرفع دعوى أساسها، عدم مشروعية مثل هذا الإجراء، إلى جانب المطالبة بتعويض عادل. مع العلم، أن الإتفاقية العربية لسنة 1980 قد نصت أيضا على حق المستثمر في تعويضات أخرى غير التعويض النـاتج عـن عـدم مشروعية الإجراء المتخذ، ولكن ضمن شروط محصورة سلفا والتي يكون مصـدرها إجراءات تكون قد إتخذتها الدولة نفسها بإعتبارها طرفا في الإتفاقية أو سلطاتها العمومية أو المحلية وكل الأجهزة الأخرى المرتبطة بها.

ويمكن تلخيص هذه الشروط كالآتي: في حالة المس بالحقوق والضـمانات التـي يتمتع بها المستثمر العربي أو في حال خرق لأي إلتزام دولي يقع علـى عـاتق الدولـة المضيفة أو عند رفض هذه الدولة تنفيذ حكم تنفيذي exécutoire، أو عندما تكـون الدولـة المضيفة السبب في إلحاق الضرر بالمستثمر العربي مخترقة بـذلك القـوانين السـارية المفعول في الدولة. وفي ضوء هذه الشروط، فلن يبقى للقاضي المحلي سوى تقرير مدى مشروعية الإجراء المتخذ، سواء من طرف الدولة أو الأجهزة التابعة لها، ومن ثمة تقرير أيضا مبلغ التعويضات المستحقة والتي يجب أن تتناسب وحجم الضرر. إلا أن ما يجـب التنبيه إليه عموما، هو أن الإتفاقية العربية لسنة 1980 لم تضع على عـاتق المسـتثمر العربي إلتزاما بالطعن لدى المحاكم الوطنية للدولة العربية المضيفة للإسـتثمار كمرحلـة مسبقة يجب أن تستنفذ قبل اللجوء إلى التحكيم. وهي بذلك تختلف كلية عن إتفاقية واشنطن والتي – كما نعلم – قد نصت على وجوب الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخليـة قبـل اللجوء إلى التحكيم. أما عن أبعاد اللجوء إلى القاضي الوطني مباشرة عوضـا عـن أي وسيلة أخرى، في القانون الجزائري فإن ذلك يعود إلى كون إجراءات مثل التأميم أو نزع

الملكية لم يعد لها مكان أصلا في التشريع الجزائري. وهكذا، فخلافا للإتفاقيات المتعـددة الأطراف التي كرست مصطلحات مثل المصادرة ونزع الملكية والتـأميم، فقـد إسـتبعد المشرع الجزائري من منظومته المصطلحاتية مصطلحي نزع الملكيـة والتـأميم وأبقـى وبصفة حصرية فقط مصطلح مصادرة. فقد جاء في المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار أنه " لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول بـه". مضـيفا:" ويترتـب علـى المصادرة تعويض عادل ومنصف". ولكن خلافا لهذا القانون، فقد أسـقطت المـادة 679 معدلة من القانون المدني مصطلح مصادرة الذي كان موجودا قبـل التعـديل وعوضـته بمصطلح " إستيلاء" (896). ويعرف الإستيلاء عادة على أنه العملية التي من خلالها تقـوم السلطة العمومية autorité publique وضمن شروط قانونية محددة بإلزام شخص طبيعي أو معنوي بالقيام ببعض الأعمال خدمة للمصلحة العامة (897). وهكذا، تصبح المسألة المتعلقة بمدى مشروعية المصادرة في صلب إختصاص القاضي الوطني الذي يلجأ إليه مباشـرة. وهو الوحيد الذي يرجع إليه الأمر في تقدير مدى مشروعية المصادرة في مواجهة الإدارة التي إتخذت مثل هذا الإجراء. بمعنى آخر، أن للقاضي الوطني حق الرقابة فيما إذا كانت كل الشروط القانونية لإتخاذ القرار بالمصادرة متوفرة أم لا. لأنه، حتى وإن كـان هـذا الحق يرجع للإدارة، إلا أنه هنالك مبدأ قانوني يقضي بأن تتعسف الإدارة في إستعمال هذا الحق. لهذا الغرض، فإن المحتوى والإجراءات التي تتبع في حالة المصادرة لا بـد وأن تكون في توافق تام مع القانون، مثلها مثل التعويض الذي ينتج عنها.

أما في خصوص التعويض بالذات، فلم تحدد في الحقيقـة، الإتفاقيـات المتعـددة الأطراف الكيفيات التي على أساسها يمنح التعويض. ونرى أنه لما كان منح التعويض ولا

---

(896) تنص المادة 679 فقرة 2 معدلة من قانون 88-14 المؤرخ في 3 ماي سنة 1988 على ما يلي: ... إلا أنه يمكن في الحالات الإستثنائية والإستعجالية وضمانا لإستمرارية المرفق العمومي الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الإستيلاء" .

(897) Voir à titre d'exemple, affaire Electronica Sicula Sp.a (E.L.S.I) entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Italie et jugée par la C.I.J le 20.07.1989, R. 1989, où est reproduit l'Acte juridique du maire de Palerme qui a ordonné « la réquisition avec effet immédiat et pour durée de six mois prolongeable au besoin et sans préjudice des droits des parties et des tiers de l'usine et des équipements connexes qui sont propriétés de Raythem-El S II de Palerme », R. CIJ. 1989, p. 22.

يزال من إختصاص القاضي الوطني، فإن معايير منحه وحجمه هـي مـن إختصـاص المشرع الوطني في الدولة التي وقعت فيها المصادرة. وعليه، فالقانون الـوطني للدولـة المضيفة كالجزائر هو الذي يحدد حجم ونوع التعويض الذي سيمنح للمستثمر.

تنص المادة 16 من قانون تطوير الإستثمار مثلما ذكرنا على أنه " يترتـب علـى المصادرة تعويض عادل" (898). بمعنى آخر، ان التعويض يمكن أن يحدد طبقـا لمعـايير محددة سلفا. وبوجه عام، يجب أن يكون التعويض في مستوى الخسارة الحقيقيـة التـي ألحقت بالمستثمر. يبقى أن نشير، إلى أنه لا مفر للحديث أيضا عن التأميم، لأنه في واقع الأمر، فقد تعرضت إليه الإتفاقيات المتعددة الأطراف. وإن كان المشرع الجزائـري قـد حجم عن التعرض له، كما أنه لم يتناول أيضا نزع الملكية.

إلا أن موضوع التعويض ظل لصيقا بأي إجراء تقدم عليه الدولـة. فمـثلا سـنة 1928 تعرضت محكمة العدل الدولية إلى موضوع التعويض، عندما قـررت فـي أحـد قراراتها على أن هذا التعويض يجب أن يتناسب و" القيمة التي للمقاولة في الوقت الـذي تعرضت إلى نزع الملكية" (899). وإن كان طرق تقدير هذا التعويض قد تختلف من حالـة إلى أخرى. ففي قضية Liamco ضد الحكومة الليبية (900)، ولتقدير هذا التعويض، إستعان المحكم بمصطلح الإثراء بدون سبب. وبذلك، فإنه لم يأخذ في تقديره فقط قيمة الإسـتثمار التي كانت في حوزة المستثمر وقت التعويض، بل وأيضا القيمة التي أثرت منها الدولة.

ولكن، في نهاية الأمر، حتى وإن جزمنا بأن مسألة التعويض قد كانـت موضـوع تسوية عن طريق التحكيم، إلا أن القضاء الوطني كان ولا يزال المؤهل دائما للنظر فـي مسائل مثل المصادرة أو التأميم أو نزع الملكية. ومما يؤكد هذه الإمكانية، هو ما نصـت عليه أغلب الإتفاقيات المتعددة الأطراف، وتؤكده العديد من قـوانين الإسـتثمار كقـانون تطوير الإستثمار للعام 2001 عندما نص في مادته 17 على أنه " يخضع كل خلاف بين

---

(898) إن هذه المادة تأتي في إنسجام تام مع دستور 23 فيفري سنة 1989 الذي نص في مادته 20 علـى أن " لا يـتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي وعادل ومنصف".

(899) C.P.J.I, arrêt n° 13 série A. n° 17 (1928), p. 47. Affaire de l'usine de Charzowo.

(900) Voir sur cette affaire Rambaud. P : « Un arbitrage pétrolier : la sentence Liamco », in A.F.D.I, 1980, pp. 274-292.

المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة ..." وبناء على ما تقدم، سواء على مستوى الإتفاقيات المتعددة الأطراف أو القانون الوطني للإستثمار، فإنه تتأكد لنا إمكانية اللجوء المباشر إلى القاضي المحلي بدون منازع، عوضا عن أي طريقة قضائية أخرى. إلا أنه في مجال منازعات الإستثمار، يمكن أن يتفق الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي، إلى جانب لجوئهما إلى التحكيم، على إلتماس قاضي من نوع خاص، ألا وهو القاضي الجهوي طبقا لإتفاقية جهوية متعددة الأطراف والتي تكون قد صادقت الدولتان عليها، الدولة المضيفة ودولة المستثمر، رعية الدولة الأخرى.

المبحث الثاني: القاضي الجهوي.

بالنسبة للدول العربية، إن حاجة نقل رؤوس الأموال من وإلى البلدان العربية وتشجيع وترقية الإستثمار فيما بينها قد دفع بالجامعة العربية إلى وضع إتفاقية عربية تدفع بهذا الإتجاه. ولكن أيضا، لتسوية أي نزاع قد ينشأ عن العقود الإستثمارية التي تبرمها الدولة العربية المضيفة مع المستثمر العربي رعية دولة عربية أخرى، جاءت فكرة وضع محكمة عدل عربية. ولكن في إنتظار إنشاء هذه المحكمة التي لم تعرف النور، بالرغم من المجهودات التي بذلت من أجل إقامتها **(901)**. فإن هذه المهمة قد أوكلت إلى محكمة سميت المحكمة العربية للإستثمار.

أما على الصعيد المغاربي، ومن أجل تحقيق التكامل الإقتصادي بين البلدان المغاربية، فقد قررت هذه البلدان بعد وضعها إتفاقية الإطار والمعروفة بإتفاقية مراكش لسنة 1989، صياغة إتفاقية مغاربية سميت " إتفاقية تشجيع وضمان الإستثمارات" والتي وقعتها الدول المغاربية الخمس في 23 جويلية سنة 1990 **(902)**. وفي الحقيقة، فإن هذه

---

(901) Sur cette cour, voir Ben Miled. H : La compétence de la cour arabe de justice selon l'avant-projet de statut, mémoire DEA faculté de droit de Tunis I, année universitaire 1981-1982.

(902) لم تنشر هذه الإتفاقية بالجريدة الرسمية. ولكن تم فقط نشر المرسوم الرئاسي الذي صدق عليها. راجع ج ر عدد 06 سنة 1991.

الإتفاقية تضاف إلى العديد من الإتفاقيات المغاربية الأخرى والتي تشكل في مجموعها الإطار القانوني للتعاون الإقتصادي فيما بين الدول المغاربية (903).

وإذا إخترنا كعنوان لهذا المبحث، القاضي الجهوي. فتحت هذا العنوان، سنحاول أن نحصر القاضي الجهوي في مستويين إثنين، على المستوى العربي أولا، ثم على المستوى المغاربي. عربيا، هنالك المحكمة العربية للإستثمار والتي أنشأتها – كما نعلم – الإتفاقية العربية الموحدة لنقل رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسنة 1980. أما مغاربيا، فسنتناول الهيئة القضائية المغاربية التي جاءت تجسيدا للإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمارات في البلدان المغاربية. وسنحاول أن نجري مقارنة بين هاتين الهيئتين القضائيتين والمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار والتي أنشأتها إتفاقية واشنطن لسنة 1965 وذلك من خلال زاويتين، من حيث تنظيم هذه الهيئات (المطلب الأول)، ثم من حيث إختصاصات كل واحدة منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: من حيث التنظيم.

نذكر بادئ ذي بدأ، أن القانون الأساسي للمحكمة العربية للإستثمار كان قد صودق عليه في 22 فيفري سنة 1985 تطبيقا للمادتين 18 و45 من الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980. وهو لم يقم في الواقع، سوى بإعادة صياغة القواعد البروتوكولية للهيئة القضائية التابعة للمنظمة العربية للبلدان المصدرة للبترول المصادق عليه في 9 ماي سنة 1978 وقواعد القانون الأساسي لمحكمة العدل التابعة للمجموعة الأروبية لـ 17 أفريل 1957 وبعض مقتضيات القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

أما عن الهيئة القضائية المغاربية، فقد جاءت تجسيدا للمادة الثالثة عشرة من معاهدة إتحاد المغرب العربي المبرمة بمراكش في اليوم العاشر من رجب سنة 1409 والموافق لـ 17 فبراير سنة 1989. في الحقيقة، تختلف الهيئات القضائيتان، العربية

---

(903) نذكر على سبيل المثال، إتفاقية في عدم إزدواجية الضريبة، قمة الجزائر سنة 1990. الإتفاقية المتعلقة بإنشاء الإتحاد الجمرقي، الجزائر سنة 1990. الإتفاقية المتعلقة بالإستراتيجية المشتركة للتنمية المغاربية، الجزائر 1990.فالإتفاقية المتضمنة إنشاء بنك مغاربي للإستثمار والتجارة، قمة رأس لعنوف، سنة 1991، ليبيا.

والمغاربية من حيث التركيبة ومدة العهدة المنوطة بكل هيئة. فمن حيث التركيبة في حين تتكون المحكمة العربية للإستثمار من خمس أعضاء على الأقل، مـن جنسـيات عربيـة مختلفة يختارون لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد من قبل المجلس الإقتصادي والإجتماعي التابع للجامعة العربية، من ضمن قائمة تتكون من رجال قانون، أي قاضي لكل دولة، فإن الهيئة القضائية المغاربية تتكون من قاضيتين إثنين عن كل دولة. وبذلك، فقد تحقق بهـذا العدد مبدأ المساواة، من حيث إختيار القضاة، فلا تكون لدولة ميزة على الأخرى، سـواء أكانت هذه الميزة سياسية أو إقتصادية أو قانونية (904). وهو نفس المبدأ المعمول به فـي لوائح التحكيم في الإتفاقيات المتعددة الأطراف الدولية مثل إتفاقية واشنطن لسنة 1965.

أم عن مدة عهدة كل هيئة، ففي حين العهدة الممنوحة للقضاة على مستوى الهيئـة العربية هي ثلاث سنوات فقط وتكون قابلة للتجديد، فإن قضاة الهيئة المغاربية هم معينون لمدة ست سنوات، أي ضعف المدة الممنوحة في إطار الإتفاقية العربية. والغـرض مـن تحديد مدة أطول من المدة المقررة في الإتفاقية العربية لسنة 1980 هو " منح هؤلاء كامل الإستقرار قصد أداء مهامهم على أحسن حال" (905). مع العلم، أن هذه العهدة هي أيضـا قابلة للتجديد. وحتى لا يقع تغيير قضاة المحكمة دفعة واحدة، فقد نصت الإتفاقية المغاربية على تجديد الهيئة القضائية المغاربية بالنصف كل ثلاث سنوات. ومن شأن هذا التجديـد بالنصف ألا يعطل عمل القضاة ويضفى على أعمالهم نوعا من الإستمرارية، بـدلا مـن التجديد دفعة واحدة مثلما نصت على ذلك الإتفاقية العربية. الشيء الذي قد يسبب تقطعـا في عمل القضاة مرة واحدة. خاصة، وأن تأخر الدولة العربية في تعيين قاض لها قد يزيد في تعقيد عملية تجديد الهيئة. ولكن القاسم المشترك بين هاتين الهيئتين القضائيتين العربية والمغاربية هو أن طريقة التعيين وليس الإنتخاب هي المعمول بها في تشكيل المحكمـة. وبذلك فهي تختاف عن الهيئات القضائية الأخرى مثل المحكمة الأروبية لحقوق الإنسان

---

(904) أحمد الشيخ قاسم: دور التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحامون، الأعداد 7، 8، 9 لعام 1991 ص، 484-496 خاصة 488.

(905) الحسن الوزاني الشاهدي:" بعض التصورات حول الهيئة القضائية المغاربية"، المجلة المغاربية للقـانون، مركـز الدراسات والنشر، تونس عدد خاص، رقم 01 جوان 1990، ص. 150-155.

ومحكمة العدل الدولية. أما القاسم المشترك الآخرالذي يجمع الهيئـة القضـائية العربيـة والمغاربية، هو أنه يجب أن يتمتع أعضاؤها بقدر من الحيـاد والنزاهـة فـي مباشـرة أعمالهم، إلى جانب تمتعهم بالمقابل، بكامل الحقوق والحصانات التي تعود إلـيهم طبقـا للقوانين الأساسية للهيئتين القضائيتين. مع هذه الخصوصية التي تنفرد بها الإتفاقية العربية لسنة 1980، وهي أنها نصت على إلتزام الدول العربية الأطراف فـي هـذه الإتفاقيـة، بإحترام الحياد وإستقلالية القضاة عند ممارسة وظائفهم (906). وهي تتجنب بذلك أن تنعكس الخلافات السياسية بين الدول العربية على عمل القضاة، وبالتالي تحييد الوظيفة القضـائية كلية عن السياسة.

الملاحظ بشكل خاص، وتحديدا فيما يتعلق بالإتفاقية العربيـة لسـنة 1980 هـو خضوعها المطلق لنظام الجامعة العربية، سواء على مستوى تعيين أعضاء المحكمـة أو على مستوى المبالغ المخصصة لهم كمكافئات أو أتعاب، فهي من إختصـاص المجلـس الإقتصادي والإجتماعي التابع لجامعة الدول العربية (907). وهو الشيء الذي سـوف لـن يجعل الهيئة القضائية في منأى عن التقلبات السياسية للدول أحيانا وتدخلاتها فـي عمـل القضاة أحيانا أخرى. ولكن ماذا الآن عن جانب الإختصاص الهيئتين القضائيتين العربيـة والمغاربية ؟

المطلب الثاني: من حيث الإختصا ţ .

يتعلق الأمر هنا بتحديد مجال إختصاص كل من الهيئتين القضائيتين الجهـويتين، عربيا ومغاربيا . ولكن قبل الخوض في هذا العنصر بالذات، تجـدر الإشـارة إلـى أن المعاهدة العربية قد نصت على أنه في حال إستحداث محكمة العدل العربية، فإنه " ينقـل إختصاص المحكمة العربية للإستثمار الحالية إلى محكمة العدل العربية" المزمع إنشـاؤها في مرحلة لاحقة. وقد عاب الأستاذ حرشاني على محرري الإتفاقية العربيـة إلـى فهـم إختصاص المحكمة العربية للإستثمار التي هي أصلا محكمة مختصة ومجالها النظر في

(906) راجع المادة 17 من القانون الأساسي للمحكمة العربية للإستثمار.

(907) Horchani. F : op cit, p. 403.

نزاعات من نوع خاص إلى محكمة ذات إختصاص عام، ألا وهي محكمة العدل العربيـة (908)، خاصة وأن هذه الأخيرة، من حيث الإختصاص الشخصي، هـي مفتوحـة للـدول الأطراف وليس للذوات المعنوية الخاصة والتي قد قبلت بإختصاصها بإعتبار أنهـا هـي وحدها التي لها الصفة للوقوف أمامها (909). وإن كان من الفقهاء من يرى، أنـه عنـدما تستخلف محكمة العدل العربية المحكمة العربية للإستثمار، فهي بالضرورة ستستخلفها في جميع إختصاصاتها، من بينها الإختصاص الشخصي. وعليه، ففي هـذه الحالـة، فمـن المنطقي جدا أن يكون للمؤسسات العمومية الحق في رفع دعاوى أمام هذه المحكمة (910).

إن هذا التحليل – حسب نظرنا – لم يأخذ في عين الإعتبار المادتين 14 و15 مـن القانون الأساسي لمحكمة العدل العربية اللتان نصتا وبصفة صريحة على أن الدول وحدها هي التي لها الحق في أن تكون طرفا في النزاع. وإن كان من الفقهاء أيضا، من يقتـرح في هذه الحالة إضافة فقرة جديدة تضع إستثناء عن المادتين 14 و15 يسمح من خلالهـا للمؤسسات العمومية الحق في اللجوء إلى محكمة العدل العربية ولكن في حالـة واحـدة، عندما يتعلق الأمر بنزاع إستثماري (911). وإن كان ممكنا أيضا من وجهة نظرنـا وفـي أحسن الأحوال على الأقل، الإبقاء على المحكمة العربية للإستثمار مع إنشاء محكمة عدل عربية يكون إختصاصها محصورا في الفصل فـي النزاعـات ذات الطـابع السياسـي، كالنزاعات على الحدود مثلا، مثلها مثل محكمة العدل الدولية، مع الإحتفاظ بمرحلة مسبقة للتسوية بالطرق الودية حتى لا يكون اللجوء إلى المحكمة العربية للإستثمار بصفة آليـة. لأن إستعمال الطريقة القضائية لتسوية النزاع، قد يمثل بداية النهاية لعلاقات إقتصادية التي من المفترض أن تكون طويلة الأمد.

أما عن إختصاص الهيئتين القضائيتين في المعنى الموضوعي تحديدا، فعربيا فقـد جاء في المادة 29 فقرة 1 (أ) من الإتفاقية العربية لسنة 1980 ما يلي: " تختص المحكمة

---

(908) Ibid, pp. 392-393.
(909) Voir articles 14 et 15 de l'avant-projet de la cour arabe de justice.
(910) Voir Ben Miled. H : La compétence de la cour arabe de justice selon l'avant-projet de statut., mémoire DEA, faculté de droit Tunis I, année universitaire 1981 – 1982, p. 25.
(911) Voir Ben Miled. H : op cit, p. 26.

بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الإستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيـق أحكـام الإتفاقية أو الناتجة عنها". 2- يشترط في النزاع أن يكون قائما:

أ- بين أية دولة طرف ودولة اخرى أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة للأطراف الأخرى أو بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثـر مـن دولـة طرف.

ب- بين الأشخاص المذكورين في الفقرة (1) وبين المستثمرين العرب.

ج- بين الأشخاص المذكورين في الفقرة (1) و(2) وبين الجهات التي تـوفر ضـمانات للإستثمار طبقا لهذه الإتفاقية.

الملاحظ هنا، هو أنه إلى جانب النزاعات بين الدول العربية ورعايا الدول العربية الأخرى (912). فإن المحكمة تختص بالنظر في النزاعات التي تجمع بين الـدول العربيـة الأطراف في الإتفاقية أو بين مؤسسات أو هيئات عمومية تابعة لعدة دول عربية. الشـيء الذي يجب التأكيد عليه، هو أن المادة 29 فقرة 2 (ب) تتكلم عن " الدولة الطـرف فـي الإتفاقية" وليس عن " الدولة العربية المضيفة للإستثمار". وهذا يعني أن الدول العربية التي هي ليست طرفا في الإتفاقية هي غير معنية بالإتفاقية. ولكن في المقابل، حتى وإن لم تكن طرفا في الإتفاقية، ولكنها إختارت أن تكون طرفا في إتفاقية عربيـة أو دوليـة أخـرى للإستثمار، فإنه يجوز للطرفين "وباتفاق بينهما" إعتبار النزاع داخلا ضمن ولاية المحكمة العربية للإستثمار (913).

أما في خصوص الطرف الآخر، ألا هو المستثمر العربي، الرعية العربية التـابع لدولة عربية أخرى، فلم تشترط الإتفاقية العربية لسـنة 1980 الجنسـية، أي أن تكـون للمستثمر رابطة قانونية بدولته، باعتباره إحدى رعاياها على نحو ما نجده في المـادة 25 (2) (أ) و(ب) من إتفاقية واشنطن في تاريخ طرح النزاع على تحكيم المركـز. ولكنهـا تشترط الصفة العربية له، بإعتباره مستثمرا عربيا ينتمي إلى دولة عربية عضو في

---

(912) راجع المادة 29 فقرة 2 (ب) من الإتفاقية. المرجع السابق.

(913) راجع المادة 30 من الإتفاقية. نفس المرجع.

الإتفاقية وتحكمه القوانين الداخلية لدولته. أي، أن رابطة الجنسية تبقى هي أيضا المعيـار الذي يجب الأخذ به في تعريف المستثمر إلى جانب الصفة العربية له. إلا أنه وكما هـو معروف، فإنه يرجع للدولة العربية الحرية في تحديد شروط منح الجنسية من عدمه. يبقى أن هذا المستثمر، قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عموميا وشريكا مع عرب أو من غير العرب (914). وتأكيدا على ما سبق ذكره، وفي تعريفها للمسـتثمر العربـي، تشترط المادة 17 فقرة أخيرة من الإتفاقية العربية المنشـأة للوكالـة العربيـة لضـمان الإستثمار هي أيضا أن يكون المستثمر عربيا ولا يتمتع بجنسية الدولة التي ينجـز علـى أرضها إستثماره. وبمعنى آخر، أنه إذا كان هنالك رابطة قانونية والمتمثلة فـي الجنسـية بينه وبين الدولة العربية المضيفة للإستثمار، فهذا يكفي لإقصائه من أن يستفيد من أحكام الإتفاقية. وهي بهذا الموقف، تختلف عن إتفاقية سيول الدولية لسنة 1985 التي تنص على أنه وبناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة، جاز لمجلـس إدارة الوكالـة بالأغلبية الخاصة أن يوسع الضمان لشخص طبيعي يحمل جنسية البلد المضيف أو إلـى شخص إعتباري، يكون قد تم تأسيسه في الدولة المضيفة أو تكون غالبة رأس ماله مملوكة لمواطني الدولة المضيفة، وذلك بشرط، أن يتم تحويل الأصول المسـتثمرة مـن خـارج الدولة المضيفة. وهذه الميزة التي أتت بها الإتفاقية الدولية تعد في الحقيقة إسـتثناء عـن قاعدة أن يكون المستثمر الأجنبي عموما، والعربي بوجه خاص حاملا لجنسـية الدولـة المضيفة. ويفسر عادة هذا الإستثناء، على أنه تشجيع لمواطني الدولة المضيفة المتواجدين بالخارج والذين يملكون رؤوس أموال معتبرة، ويرغبون فـي إسـتثمارها فـي بلـدانهم الأصلية. يبقى أن ذلك لن يكون كذلك ممكنا في جميع الحـالات، إذ إشـترطت الوكالـة الدولية طلبا مشتركا بين المستثمر المعني وبلده المضيف للإستثمار وقـرارا مـن إدارة الوكالة، لأن المبدأ هو أجنبية رأس المال بالنظر إلى البلد المضيف الذي على أساسه يمنح ضمان الوكالة.

---

(914) Sur des entreprises arabes conjointes, voir Rexcy. JF : Le statut juridique des entreprises arabes conjointes. Etudes sur l'incorporation internationale de l'activité entrepreneuriale, thèse, Aix-Marseille, 1985.

أما من حيث الإختصاص المادي للمحكمة العربية للإستثمار، فإذا رجعنا إلى المادة 29 فقرة 1 من الإتفاقية العربية لسنة 1980، فإن هذه المحكمة تختص في الفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الإستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الإتفاقية أو الناتجة عنها. إن الصيغة التي جاءت بها هذه المادة هي عامة وغير دقيقة وغير محددة قياسا بأحكام إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمارات. ومقارنة بالضبط بالمادة 25 التي – كما سبق وإن أشرنا – إلى أنها وضعت شرطين لإختصاص المركز: أن يكون النزاع ذا طابع قانوني وله علاقة مباشرة بالإستثمار. إلا أن محرري الإتفاقية العربية قد أضافوا في الفقرة، السالفة الذكر عبارة "وكل ما ينتج عنها" أي عن تطبيق أحكام الإتفاقية. نرى أن هذه العبارة هي من قبيل الصياغات اللغوية الزائدة. وكان بالإمكان الإكتفاء بالإشارة إلى تطبيق أحكام الإتفاقية بدون إضافة " أو الناتجة عنها". إلا أن هناك رأي آخر يساند الصياغة الفضفاضة والمطاطة التي جاءت بها المادة 29 من الإتفاقية العربية والذي مفاده أن هذه الصياغة جاءت فعلا عامة. والقصد منها هو توسيع مجال إختصاص المحكمة، لأن وضع تعريف دقيق للنزاعات التي من الممكن أن تنتج عن تطبيق الإتفاقية، قد يجعل من الصعب إخضاع كل النزاعات التي يرغب الأطراف في عرضها على المحكمة حتى تفصل فيها، من بينها، النزاعات ذات الطابع التجاري التي ألحقت بمجال إختصاص المحكمة العربية للإستثمار بمقتضى الإتفاقية العربية لتنمية وترقية التبادلات التجارية بين الدول العربية (915). ولكن عموما، نرى أن عدم ذكر النزاعات التي تختص بها المحكمة من قبل محرري الإتفاقية العربية هو حل يقترب من التصور الذي قامت عليه إتفاقية واشنطن الدولية. فمحرروا هذه الأخيرة، لم يرغبوا هم أيضا في حصر إختصاص المركز ضمن نزاعات معينة أو مجموعات محددة من النزاعات وإنما إشترطوا فقط – كما سبق وأن ذكرنا – أن تكون ذات طابع قانوني ولها علاقة بالإستثمار. أما عن مصطلح إستثمار في حد ذاته، فلم تعط الإتفاقية العربية أي تعريف للإستثمار. و هي بذلك تلتقي مع إتفاقية

(915) Cité par Horchani. F : op cit, p. 396.

واشنطن التي هي أيضا خلت من أي تعريف. ولكن بالرغم من ذلك كله، هل من الممكن أن نرصد ولو بصفة غير مباشرة تعريفا للإستثمار من خلال تفحصـنا لـبعض أحكـام الإتفاقية ؟ إن التعريف الوحيد الذي يمكن أن نجده وقد صيغ بصفة غير مباشرة، هو مـا ذكر في المادة 1 فقرات 5 و6 و7 من الإتفاقية العربية والمتعلقة بتحديـد مـا المقصـود برأس المال العربي وبإستثمار المال العربي وأيضا بالمستثمر العربي. ويمكـن تلخـيص هذه التعاريف المتفرقة في تعريف واحد. إن الإستثمار في القانون الإتفاقي العربـي هـو مال مملوك لمواطن عربي. وقد يأخذ شكل حقوق ماديـة أو معنويـة أو شـكل ودائـع مصرفية بغرض إستخدامه في أحد مجالات التنمية من أجل تحقيق عائد في إقلـيم دولـة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي. وعليه، فالمحكمة العربية للإسـتثمار تخـتص بالنظر في النزاعات المتعلقة بالإستثمار، عندما يكون أحد طرفي النزاع بالإضـافة إلـى الدولة العربية المضيفة للإستثمار مستثمرا عربيا طبقا لأحكام إتفاقية سنة 1980. ولكـن ماذا عن إختصاصات الهيئة القضائية المغاربية والتي نصت عليها المادة 13 من معاهـدة مراكش المؤسسة للإتحاد المغرب العربي ؟ مبدئيا، وطبقا للمادة السالفة الذكر من الإتفاقية المغاربية، لا تختص الهيئة القضائية المغاربية في النزاعات التـي تـربط بـين الـدول المغاربية ورعايا الدول المغاربية الأخرى وإنما طبقا للفقرة الثانية والثالثة منها فقط، فـي النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق المعاهدة والإتفاقيات المبرمة في إطار الإتحـاد والتـي يحيلها إليها مجلس الرئاسة أو إحدى الدول الأطراف في النزاع أو وفقا لما يحدده النظـام الأساسي للهيئة.

المهم في إختصاصات هذه الهيئة القضائية، هي أنها مفتوحة فقط للدول الأطـراف في النزاع ولمجلس الرئاسة. فلا يحق إذن للأفراد وللأشخاص المعنوية أو حتى للهيئـات المهنية أن تكون أطرافا في الدعاوى التي ترفع أمامها. أما النزاعات التي تعرض عليها، فإنها تتعلق بتفسير وتطبيق معاهدة الإتحاد وكذلك الإتفاقيات المبرمـة فـي إطـار هـذه الأخيرة. ومن بين هذه الإتفاقيات والتي جاءت تطبيقا لمعاهدة مراكش، إتفاقيـة تشـجيع وضمان الإستثمارات بين دول إتحاد المغرب العربي. ولكن، لماذا نصت المادة 19 مـن

الإتفاقية المغاربية على منح الإختصاص للهيئة القضائية المغاربية للنظر في نزاع يفترض أن يجمع بين دولة مغاربية مضيفة للإستثمار ومستثمر مغـاربي، رعيـة تابعـة لدولـة مغاربية أخرى؟ بينما المادة 13 من معاهدة مراكش تنص – مثلما أشرنا إليه سلفا – على أنها " تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق المعاهدة والإتفاقيات المبرمـة في إطار الإتحاد والتي يحيلها إليها مجلس الرئاسة أو إحدى الدول الأطراف في النزاع أو وفقا لما يحدده النظام الأساسي للهيئة." في الحقيقة، إن المادة 13 من المعاهدة قد أثـارت جدلا، فيما إذا كان من المناسب ومن المنطقي أن نتبنى الطـرح الـذي يقـول بتوسـيع إختصاص المحكمة إلى النزاعات التي تنشأ بين دولة مغاربية ومستثمر مغاربي، رعيـة دولة مغاربية أخرى. وكان لهذا الطرح مبرراته (916). ولكن الذي جـاء ليناقض هـذا الطرح تماما ويعطي حلا نهائيا لمسألة الإختصاص الشخصي للمحكمة المغاربيـة، هـي المادة 23 فقرة 4 من النظام الأساسي لهذه الأخيرة والتي إستبعدت من نطاق إختصاصها بصفة جلية وواضحة النزاعات بين دول مغاربية ومستمرين مغاربة رعايا دول مغاربيـة أخرى. ولكن يبقى السؤال مطروحا حول غياب التنصيص صلب المادة 19 من الإتفاقيـة المغاربية على إمكانية الرجوع أولا، إلى المحاكم الداخلية للدولة المضيفة على غرار مـا نصت عليه إتفاقية واشنطن الدولية في مادتها 26 قبل الوقوف أمام المحكمة المغاربية. إن هذا المبدأ لم يجد طريقه إلى الإتفاقية المغاربية. ونعتقد، أن محرري هـذه الإتفاقيـة لـم يدرجوا مثل هذه الإمكانية حتى لا يعقدوا الإجراءات ولا يضعوا إختصاصا آخر ينـافس المحكمة المغاربية Une compétence concurentielle. يكفي أن الإتفاقية قد وضعت إلى جانب المحكمة المغاربية، المحكمة العربية للإستثمار مع منح أحد الطرفين، الدولة أو المستثمر الأجنبي حق المفاضلة droit d'option بين الهيئة القضائية المغاربية أو هيئات أخرى عربية أو دولية متخصصة. ألا أنه يجب أن نعترف وبشهادة أغلب الفقهاء (917). أنه عادة مع يقع

(916) Voir sur cette thèse extensive de la compétence de l'instance maghrébine, Saâda. R, L'union du Maghreb Arabe, mémoire DEA faculté de droit de Tunis I, année universitaire 1990-1991.
(917) Mebroukine. A : « Constitution de sociétés d'économie mixte en Algérie », in Rev. IDARA, vol 3 n°1, 1993, pp. 27-44 spèc, p. 43

الإختيار على الهيئات القضائية الدولية المتخصصة كالمركز الدولي لتسـوية النزاعـات الناشئة عن الإستثمار " سيردي" نظرا للسمعة والخبرة اللتان يتمتع بهما هذا المركز.

يستفاد من كل ما سبق تحليله إلى حد الآن، أنه إذا لم يقع اللجوء إلى التحكيم فـي الإتفاقيات المتعددة الأطراف، يبقى القضاء الوطني أو القضاء الجهـوي هـو المخـتص بالنظر. ولكن الشيء البارز في كل هذا، هو أن التحكيم يشكل حلا وسطا بين الأطراف، والطريقة التي تؤكد عليها أغلب الإتفاقيات المتعددة الأطراف. من جهة أخرى، لقد لمسنا من خلال تحليلنا لهذه الإتفاقيات الحرية التي يتمتع بها الأطراف في تنظـيم مثـل هـذا التحكيم، إبتداء من تكوين الهيئة التحكيمية وطريقة تعيينها ومرورا بإختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى أصل النزاع وإنتهاء، بإصدار القرار التحكيمي الذي يضع حدا للنزاع القائم بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

ولكن الأمر لن يتوقف عند هذا المستوى، إذ بعد صدور القرار التحكيمي أول أثر لهذا القرار هو إلتزام الطرفين بتنفيذه. وبما أن الأمر يتعلق بقرار أجنبي صادر في إقلـيم دولة أخرى غير التي يراد تنفيذ القرار فيها، فيجب الحديث في هذا الصدد عن الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي (918). وهذا ما سنتطرق إليه بناء على نصوص الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي تعالج هذا الموضوع.

(918) وإن كان هناك في الحقيقة فرق بين الإعتراف بالقرار التحكيمي وبين تنفيذ القرار المذكور. فقد يعترف بـالقرار ولكن لا ينفذ. ولكن لو نفذ، فمن الضروري أن يكون قد تم الإعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية.

العنـوان الثانـي

الشـروط المتـعلقـة بالإعتـراف وتنفيـذ القـرارات التحكيميـة

تتضمن الإتفاقيات المتعددة الأطراف العديد من القواعد الهامة التي يقوم عليها الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية. من بين هذه القواعد هو أن الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية لا بد وأن يقوما ضمن شروط معينة. وهذه الشروط يمكن أن نصنفها كالآتي: شروط شكلية (الباب الأول) وأخرى موضوعية (الباب الثاني). وكل هذه الشروط، القصد منها في الواقع، هو ضمان فعالية القرارات التحكيمية.

وفي معرض تحليلنا لهذه الشروط، سنتناول تباعا أهم الإتفاقيات المتعددة الأطراف الدولية التي تتضمن آليات الإعتراف والتنفيذ وكذلك الإتفاقيات العربية والمغاربية بإعتبارها إتفاقيات جهوية والتي تعرضت هي أيضا في أحكامها لقواعد الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية. كما سنولي إهتماما لا يقل شأنا عن الذي أوليناه لهذه الإتفاقيات إلى قانون التحكيم الدولي الجزائري حتى نستجلي مدى إستجابة هذا القانون لأحكام الإتفاقيات المتعددة الأطراف في خصوص الموضوع الذي طرحناه.

الباب الأول: الشروط الشكلية للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية

من خلال هذه الزاوية، لا بد وأن نشير إلى أنه لا يمكن أن نتعرض إلى شروط الإعتراف والتنفيذ في الدولة المطلوب فيها التنفيذ بدون أن نسلط الضوء على الجانب الآخر، ألا وهي الشروط الشكلية لإجراءات الإعتراف والتنفيذ في البلد الأصل. وتبعا لذلك، فنحن نحاول أن ندرس في مرحلة أولى، الإجراءات في الدولة المطلوب فيها التنفيذ (الفصل الأول). ثم في مرحلة ثانية، هذا الترابط الموجود بين الإجراءات في الدولة المطلوب فيها التنفيذ وفي الدولة الأصل (الفصل الثاني). وهي مرحلتان مهمتان حتى نفهم الشروط الشكلية الواجب توافرها للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية في كلا البلدين، في البلد المضيف وفي البلد الأصل.

الفصل الأول: الإجراءات المتبعة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ.

تتفق جميع الإتفاقيات المتعددة الأطراف على أن إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية في الدولة المضيفة يجب أن تعتمد على مبادئ وشكليات معينة (المبحث الأول). بالإضافة إلى أن إجراءات الإعتراف والتنفيذ لا بد وأن تتم أمام محكمة مختصة وتبعا لإجراءات خاصة (المبحث الثاني) حتى يمكن بذلك تمتيع القرارات التحكيمية بجميع ضمانات التنفيذ التي تتمتع بها عادة الأحكام القضائية الوطنية مع الإختلاف في الطبيعة القانونية بين هاته وتلك، بطبيعة الحال.

المبحث الأول: المبادئ التي يقوم عليها مسار الإجراءات والشكليات المطلوبة للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية.

وكما هو معلن في عنوان هذا المبحث، سنحاول أن ندرس المبادئ التي تحكم سير إجراءات الإعتراف والتنفيذ من خلال إطلاعنا على الإتفاقيات المتعددة الأطراف ذات الصلة (المطلب الأول). ثم سنتعرض إلى الشكليات التي تتطلبها هذه الإتفاقيات Formalités requises، من أجل الحصول على الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ التي تحكم إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية.

ما هي هذه المبادئ التي تحكم إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية في إتفاقية نيويورك باعتبارها إتفاقية دولية، وهل من الممكن أن نعثر على نفس المبادئ في الإتفاقيتين، العربية والمغاربية التي تتناول نفس الموضوع؟ هما في الواقع، مبدآن يمكن أن نسوقهما في هذا الصدد، من خلال قرائتنا للإتفاقيات المتعددة الأطراف المختلفة، الدولية منها والعربية. المبدأ الأول، هو مبدأ حرية وضع الإجراءات المناسبة للإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي. فمثلا، بالنسبة للإتفاقية نيويورك الدولية وطبقا للمادة 3 منها، فهي ترجع الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية إلى القواعد المعمول بها في البلد الذي يتمسك فيه بالقرار وهذه الحرية المكرسة من قبل الإتفاقية إنما هي تعد ترجمة وفية لنية محرريها في إحترام تنوع التشريعات الوطنية وإحترامهم لسيادة كل دولة في وضع الإجراءات التي تراها ملائمة للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية.

وتحديد ما تراه مناسبا فيما يتعلق بالطعون التي من الممكن توجيهها ضد القرارات التحكيمية طبقا لقوانينها الداخلية إلا أنه مع إحترام إتفاقية نيويورك لسيادة كل دولة في تنظيم إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بكل حرية. إلا أنها إعترضت على هذه الدول على أن تقدم على فرض شروط أعسر من الشروط التي أقرتها في تشريعاتها بالنسبة للقرارات التحكيمية الوطنية. والغرض من ذلك كله، هو حتى يتيسر للدول الإنضمام إلى ما جاءت به الإتفاقية من أحكام متى شاءت (919) وحتى تسهل الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية من دون أدنى مشاكل. إلا أنه مقارنة بإتفاقية جنيف لسنة 1925 و المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فقد كانت هذه الأخيرة أكثر تشددا من إتفاقية نيويورك. فقد فرضت على سبيل المثال على طالب التنفيذ عبئ إثبات شروط ثقيلة حتى ينفذ القرار التحكيمي لصالحه. وهي شروط من شأنها أن تجعل من تنفيذ القرار صعبا إن لم نقل مستحيلا في نظر أغلب الفقهاء من بينهم الفقيه J.Robert (920).

أما عن تأكيد إتفاقية نيويورك على عدم فرض شروط أشد على الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية إلى جانب منح الدولة إمكانية تحديد إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بكل حرية، فإن ذلك يعني شيئا وحيدا، وهو أن هذف الإتفاقية هو أيضا محاولة إيجاد توازن بين مستلزمين إثنين. أولهما، السيادة الوطنية. وبناء على هذا الركن، فإن الدولة تصبح هي وحدها التي لها صلاحية إستعمال القوة العمومية لتنفيذ القرار التحكيمي جبرا على إقليمها. وهي أيضا الوحيدة التي يعود إليها تقرير ما إذا كان ممكنا إدماج القرار التحكيمي في نظامها القانوني الداخلي أم لا. ولن يكون ذلك في جميع الحالات إلا إذا كان هذا القرار في توافق تام مع تشريعها الوطني والذي يقوم على المصلحة العامة. أما المستلزم الثاني، فهو منح التحكيم وضعا مميزا باعتباره عدالة خاصة يجب تمتينها والمحافظة عليها. و من ثمة، فقد جاءت المادة 7 من الإتفاقية الدولية

---

(919) وإن كانت الإتفاقية قد أوردت في الفقرة الثالثة تحفظين، او لو هما يبيح للدولة أن تقرر عند إنضمامها للمعاهدة أنها وعلى أساس المعاملة بالمثل، سوف تطبق الإتفاقية على الإعتراف والتنفيذ للقرارات التي تصدر فقط في إقليم دولة متعاقدة. والثاني، إمكان أي دولة أن تقصر تطبيق المعاهدة لديها على المنازعات الناجمة عن علاقات تعاقدية أو غير تعاقدية تعتبر بحسب قانونها الوطني منازعات تجارية.

(920) Voir Robert. J, « La convention de New-York au 10 juin 1958 », in Dalloz, 1958, chr, p. 1223

لتحفيز الدول الأعضاء في الإتفاقية على وضع تشريعات أكثر ليونة (921). وحتى في هذه الحالة، فإن وضع شروط أكثر ليونة لا يتعارض في نظرنا مع مبدأ حرية كل دولة عضو في الإتفاقية في أن تضع إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية طبقا لتصوراتها هي كدولة ذات سيادة وطبقا لمصالحها. وهذا المبدأ لن يكون في تعارض مع الإتفاقية إذا سعت الدولة المعنية إلى وضع إجراءات متشددة أيضا من أجل الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية على إقليمها، إذا سلمنا بحرية الدولة في فرض أي إجراءات تراها هي ضرورية، خاصة إذا كان نظامها العام الداخلي يقتضى ذلك. إلا أن ذلك سوف لن يجعلها في موضع ثقة من قبل المستثمرين الذين يرغبون عادة في تفادي تعقيدات إجراءات التنفيذ عندما يتعلق الأمر بالحصول على مستحقاتهم من أموال مطلوبة لدى الدولة المضيفة التي يقع على أراضيها تنفيذ القرار. ولهذا أكدت الإتفاقية الدولية على وجوب عدم فرض شروط أعسر من تلك التي تفرضها الدولة على القرارات التحكيمية الوطنية. وهذا التيسير في وضع شروط مبسطة من أجل الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بدا واضحا أيضا في المادة 4 من الإتفاقية التي لا تفرض على من يرغب في تنفيذ قرار تحكيمي أجنبي سوى أن يتقدم بطلبه هذا إلى الجهة المختصة في البلد المطلوب فيه التنفيذ مشفوعا بوثيقتين. 1- الأصل الرسمي لقرار التحكيم أو صورة عنه مستجمعة للشروط المتطلبة لها كصورة رسمية. 2- أصل إتفاق التحكيم المشار إليه بالمادة الثانية أو صورة منه مستوفاة للشروط المتطلبة لها كصورة رسمية. ومن هنا، فقد جعلت الإتفاقية من حكم المحكمين سندا يجب إحترامه وحجت منه ما كان قائما في ظل إتفاقية جنيف من إعتبارات يشوبها الغموض كانت أحيانا كفيلة برفض تنفيذه.

مع الملاحظة، أن الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية يتمان بنفس الكيفية التي تنفذ بها أحكام القضاء مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه. وهذا يعني، أن السلطة القضائية في البلد المراد تنفيذ القرار التحكيمي فيه، لا يجوز لها الخوض في موضوع النزاع وإجراء المرافعة بشأنه.

---

(921) Chedly. L, « L’ordre public et l’exequatur des sentences », in actes du séminaire sur l’exequatur, 25 et 26 avril 1996, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales (Tunis II).

أما عربيا، فقد حرصت الإتفاقية العربية لسنة 1983 ومع تكريسها المبدأ حرية الدولة في وضع الإجراءات التي تراها ملائمة قصد تنفيذ القرارات التحكيمية، على تيسير تنفيذ القرارات التحكيمية. فعلى سبيل المثال، عندما يراد الإعتراف وتنفيذ حكم من أحكام التحكيم، فإن المطلوب من طالب التنفيذ أن يقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة عن الجهة القضائية المختصة تفيد حيازته لحجية الشيء المقضي فيه. والجهة المقصودة بها هنا، هي الجهة القضائية التابعة للدولة أين صدر على إقليمها القرار التحكيمي. وأن يقدم طالب التنفيذ كذلك صورة معتمدة من الإتفاق المكتوب إن وجد باللجوء إلى التحكيم لحسم الخلاف (922). وطبعا، هذا في حالة وجود شرط تحكيمي. أما في حالة الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم يشترط في العقد، عندئذ تقديم صورة من العقد المذكور. إلا أن المقصود بالقرار التحكيمي هنا، هو القرار الصادر ضد دولة أو رعية دولة عربية أخرى والتي كانت قد وافقت بمحض إرادتها على عرض النزاع على التحكيم. وهذا يعني أنه لا يجوز طلب تنفيذ قرار صدر في دولة عربية ضد دولة عربية أخرى.

أما عن كيفية الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، فهو ما وجدنا في إتفاقية الرياض العربية المؤرخة في 6 نيسان للعام 1983 في مادتها 37 التي تنص على أنه "مع عدم الإخلال بنص المادتين 28 و30 من هذه الإتفاقية، يعترف بأحكام المحكمين وتنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه..." وهذا يعني بطبيعة الحال، أنه مع إحترام طالب الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي لأحكام الإتفاقية، فإن الإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لن يخرج عن القواعد القانونية المعمول بها لدى الدولة المطلوب على إقليمها تنفيذ الأحكام الأجنبية.

وهو نفس الإتجاه بل وحتى نفس العبارة المستعملة من قبل المادة 44 من إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، حيث جاء فيها ما يلي: "يتم الإعتراف بأحكام المحكمين الصادرة في بلدان الأطراف المتعاقدة و تنفذ لديها بنفس

(922) راجع الفقرة الأخيرة من المادة 37 من إتفاقية الرياض العربية لسنة 1983، المرجع السابق.

الكيفية المتبعة لتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في الباب السابق أي كانت جنسية المشمولين بها..". مع التسليم بمبدأ سلطة الدولة المتعاقدة في فرض قوانينها على إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية إلا أنها، عكس الإتفاقيات المتعددة الأطراف الأخرى، فهي تطبق على القرارات التحكيمية نفس الإجراءات المنطبقة على الأحكام الأجنبية. وبذلك، فهي لا تميز مثلها مثل إتفاقية الرياض العربية بين القرارات التحكيمية والأحكام الأجنبية. إلا أنها لم تبين إجراءات طالب التنفيذ، وعلى وجه الخصوص ما إذا كان من الضروري أن تكون هذه الإجراءات حضورية contradictoire. أي أن يحترم فيها مبدأ المواجهة عبر إستدعاء الخصم للحضور لدى المحكمة المختصة للنظر في طلب التنفيذ أم أنها إجراءات أحادية ولائية تقترب من إجراءات الأذون على المطالب. لأن مبدأ المواجهة يعني، أولا وأخيرا إستدعاء الخصم حتى يتسنى له التمسك بأسباب رفض الإكساء والتنفيذ عند الإقتضاء وإثبات مبررات الرفض إن وجدت (923) .

إلا أن الأمر يختلف في بعض التشريعات الوطنية للدول المضيفة مثل الجزائر أين تنفيذ القرار التحكيمي طبقا لقانون الإجراءات المدني لا يفتح المجال لنقاش حضوري بين الأطراف في النزاع. يكفي فقط أن يقدم طالب التنفيذ للجهة القضائية المختصة نسخة من القرار التحكيمي موضوع التنفيذ وألا يكون هذا القرار مخالفا بصفة جلية للنظام العام الدولي.

أما إذا أردنا أن نفحص موضوع الإستدعاء بالحضور كتجسيد لمبدأ المواجهة بين الخصوم في إطار التشريعات المغاربية لوجدنا مثلا، أن المشرع التونسي قد حرص على تكريس حق الأطراف في النزاع في الإطلاع على الأعمال الإجرائية التي تقوم بها هيئة التحكيم في إطار التحكيم الدولي. بالإضافة إلى تنصيصه صلب المادتين 78 و81 من مجلة التحكيم التونسية على مبدأ المواجهة الذي يجسده حق الدفاع وجعله سببا لإبطال القرارات التحكيمية الدولية ورفض إكسائها بالصيغة التنفيذية إذا لم يحترم فيها المحكمون حقوق الدفاع.

---

(923) Ouerfli. A : « Chronique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage », Bulletin de l'Association Suisse de l'arbitrage, 2000 n° 18, p. 258 et s.

وفي الواقع، لم يبتعد المشرع عندنا في الجزائر عن هذا الشرط. فقد نص هو أيضا عليه في المادة 458 مكرر 25 بحيث أجاز الطعن بالبطلان ضد القرارات التحكيمية عندما تكون هذه الأخيرة قد خالفت مبدأ حضور الأطراف وهي حالة من بين حالات الطعن التي نقلتها المادة السالفة الذكر حرفيا عن المادة 1502 من القانون الفرنسي والتي نجدها أيضا في المادة 190 من القانون السويسري.

إن الغاية من إستلزام شرط مبدأ المواجهة عبر إستدعاء الخصوم بالحضور هو الإطمئنان إلى أن الخصم الذي صدر ضده القرار قد مكن من إبداء دفاعه. وإن كان بعض المشرعين ما يضعون صحة تمثيل الخصوم في إطار شرط أعم مثل التشريع اليوناني (924) الذي يوجب لصحة الإجراءات إحترام حق الخصم في الدفاع.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط يجب أن يشمل كافة الإجراءات. وبمعنى آخر، يشترط لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية صدورها وفقا لإجراءات صحيحة. ولكن بالرجوع إلى أي قانون يمكن تقدير صحة هذه الإجراءات من عدمها؟ بعض التشريعات الوطنية مثل التشريع المصري لا يبين القانون الواجب التطبيق في شأن تمثيل الخصوم وتكليفهم بالحضور. ولكن بما أننا في مجال التحكيم، فإننا نرى أن الأمر يختلف، فإذا كانت الإجراءات تخضع بالنسبة للأحكام القضائية لقانون القاضي دائما، فإن المحكمين قد يجرون التحكيم وفقا للإجراءات المقررة في قانون آخر غير قانون البلد الذي تباشر فيه الإجراءات.

وعلى هذا، فإنه غالبا ما يعتد في مجال تمثيل الخصوم وإعلامهم بالقانون الذي طبقه المحكمون على الإجراءات. ونشير إلى أن هذا القانون هو قانون إرادة الأطراف وفقا للرأي السائد في الفقه (925) وتشريعات التحكيم وقواعد الهيئات الدولية للتحكيم.

ولا شك أن الغاية من إيراد هذا الشرط هو كفالة حقوق الخصوم الأولية في الدعوى.

---

(924) Foustoucos. A, « La reconnaissance et l'exécution en Grèce des sentences arbitrales étrangères après la récente réforme du droit de l'arbitrage » ,in Rev.arb, 1974, n° 4 p, 265.
(925) Panchaud. A, « Le siège de l'arbitrage international de droit privé », in Rev.arb, 1966, I, p. 3 et s.

أما من الناحية التطبيقية، فتعتبر مراقبة مدى إحترام المحكمين لحقوق الدفاع من أبرز المهام التي توليها محاكم التنفيذ أهمية قصوى. فعلى مستوى إجتهاد القضاء التونسي مثلا، تعهد محكمة الإستئناف بتونس بمراقبة مدى إحترام المحكمين في عملهم لمبدأ المواجهة بين الخصوم وهو ما يبرز الصيغة القضائية للتحكيم على أساس أن الخصومة التحكيمية لا تخرج في إطار التعريف الذي أورده إبن منظور (926) بأنها تعني الجدل أي المناظرة ومقابلة الحجة بالحجة.

ويفترض تطبيق هذا المبدأ ضرورة سماع هيئة التحكيم لأطراف النزاع شخصيا ولما لهم من دفوعات في الموضوع. وهو ما يفرض أن يتم إستدعائهم قانونا للحضور أمامها (927) ولم تبتعد محكمة الإستئناف بتونس عن هذا الإتجاه، من ذلك ما ورد في أحد قراراتها (928) من أن "وظيفة القضاء خاصا كان أم عاما إنما تتمثل في إقامة العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، وحيث أن توصل القاضي إلى إيصال الحقوق إلى أصحابها يبقى رهين إطلاعه على مقولات الخصوم وما لكل واحد منهم من وسائل المدافعة والبرهنة. وإن ذلك يقتض بالضرورة إحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم وتمكين كل واحد منهم من الإطلاع على ما قدمه خصمه من وسائل الإثبات للرد عليها ودحضها عند الإقتضاء".

مبدأ آخر ترتكز عليه إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية طبقا لأحكام إتفاقية نيويورك هو مبدأ عدم التمييز بين القرارات التحكيمية وكذلك بين الأشخاص المستفدين من هذه القرارات. فالمادة 3 عندما تتكلم عن شروط الإعتراف، فهي لا تميز بين القرارات الوطنية أو تلك التي تنص عليها الإتفاقية الدولية. وبعبارة أخرى،

---

(926) أنظر لسان العرب، نشر دار لسان العرب، ص 843 وص 420.

(927) من الملاحظ أيضا أن الفقه الإسلامي قد كان هو أيضا شديد الحرص على إستدعاء الأطراف وعلى وجوب حضورهم. من ذلك، أنه روي عن الحسن أن النبي صلى ا عليه وسلم قال: من دعي إلى حاكم من حكام المسلمين، فلم يجب فهو ظالم ولا حق له (أورده إبن فرحون في تبصرة الحكام). أنظر الأستاذ عبد ا الأحمدي، القاضي والإثبات في النزاع المدني، منشورات المركز الجامعي للبحوث والدراسات، تونس، 1984، ص 332 وما يليها.

(928) محكمة الإستئناف بتونس، قرار عدد 40 بتاريخ 4 ماي 1999، أنظر أيضا قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية، مدني بتاريخ 14 ماي 1998، مجلة القضاء والتشريع، تونس 1999 عدد خاص بالتحكيم، ص 147 وما يليها.

بين القرارات الصادرة في الدولة التي يقع على إقليمها التحكيم باعتبارها قرارات وطنية وبين القرارات الصادرة في دولة غير دولة مكان التحكيم.

إن المبدأ واضح هنا، وهو أن القرارات المستهدفة من قبل الإتفاقية الدولية هي تلك الصادرة في دولة أخرى غير دولة التنفيذ والتي تعد قابلة للتنفيذ في أي دولة أخرى، بشرط أن تكون هذه الدولة قد صادقت عليها. لأنه في بعض البلدان، أين يقع تشبيه القرارات الأجنبية بالأحكام الأجنبية، فإنه تشترط المعاملة بالمثل حتى يمكن تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية. إلا أنه لا يمكن إعمال هذا الشرط، إذا كانت الدولة الأخرى المطلوب لديها التنفيذ ليست طرفا في الإتفاقية أو أنها لجأت إلى إستعمال التحفظ المنصوص عليه ضمن المادة 1 فقرة 3 منها على قاعدة المعاملة بالمثل – مثلما ذكرنا – (929). وبالمحصلة، يمكن القول أن المعيار المعتمد لتكييف القرارات التحكيمية على أنها أجنبية من قبل إتفاقية نيويورك هو مكان صدور القرار التحكيمي.

إلا أن هنالك من الأنظمة الوطنية التي لا تميز فقط القرار التحكيمي الوطني عن القرار التحكيمي الأجنبي على أساس معيار مكان الصدور بل وأيضا بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وحتى على أصل النزاع. فإذا كان هذا الأخير أجنبيا، فإن القرار التحكيمي يعتبر كذلك. إلا أنه في نظر الأستاذ الحكيم « يخشى في مثل هذه الوضعية أن نصل إلى حالة "فراغ قانوني"، لأن مثل هذا القرار يمكن إعتباره أجنبيا من قبل الدولة التي على إقليمها صدر القرار وكذلك من قبل الدولة التي تنطبق إجراءاتها عليه» (930).

إلا أن إتفاقية نيويورك ولتجاوز هذا المشكل فقد إعتبرت أن أحكامها تنطبق على "القرارات التحكيمية التي لا تعتبر وطنية في الدولة أين الإعتراف والتنفيذ هما مطلوبان لديها" (931).

---

(929) David. R, L’arbitrage dans le commerce international, éd Economica, Paris 1982, p, 547.

(930) El Hakim. J, « Evolution de quelques droits nationaux de l’arbitrage international – domaine de l’arbitrage et exécution des sentences - », in le rôle de l’Etat dans le développement de l’économie, Approches nationales, éd Bruylant, IDEIF, 1995.

(931) راجع المادة 1 فقرة 1 من إتفاقية نيويورك، المرجع السابق.

ولكن القرارات التحكيمية قد تكون وطنية أو أجنبية. وقد أثير بمناسبة الحديث عن شروط الإعتراف بقرارات المحكمين الأجنبية والأمر بتنفيذها نقاش كبير حول ما إذا كان من الضروري إخضاع هذه الأحكام إلى نفس الشروط والإجراءات التي تخضع لها قرارات المحكمين الوطنية. خاصة وأن قرارات المحكمين سواء أكانت وطنية أم أجنبية لا تصدر عن سلطة عامة وإنما عن شخص أو أشخاص قد وقع إختيارهم بناء على إتفاق الأطراف المتنازعة. كما أن أحكامهم لا تصدر باسم الدولة التي يجري على أراضيها التحكيم. أم أنه يجب إخضاعها إلى نفس الشروط والإجراءات التي يخضع إليها الإعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية، ذلك أن أحكام المحاكم الأجنبية بوجه عام حتى وإن كانت صادرة عن سلطة قضائية عامة فإنها تبقى دائما أحكاما أجنبية صادرة بدولة غير تلك المطلوب لديها الإعتراف أو الأمر بالتنفيذ.

ومن هنا، نرى أن إتفاقية التعاون القانوني والقضائي لدول إتحاد المغرب العربي قد نسجت على منوال إتفاقية الرياض العربية عندما قررت أن يتم الإعتراف بأحكام المحكمين بنفس الكيفية المتبعة لتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في الباب السابق أي الباب المنظم لتنفيذ أحكام المحاكم. إذا فأحكام المحكمين التي تخضع لأحكام الإتفاقية هي الأحكام الصادرة في أحد بلدان الأطراف المتعاقدة أيا كانت جنسية المتولي بها والمراد الإعتراف بها أو الأمر بتنفيذها لدى طرف متعاقد آخر.

من جهة أخرى، تكرس الإتفاقية المغاربية للتمييز بين قرارات المحكمين الوطنية التي تخضع للقانون الداخلي للدول الأطراف وقرارات المحكمين الأجنبية التي يجب أن تخضع لأحكام الإتفاقية معيارا جغرافيا، هو مكان وقوع التحكيم. وهو نفس المعيار الذي تبنته إتفاقية نيويورك لـ 10 جوان 1958 ضمن الفقرة الأولى من المادة الأولى منها التي تنص على أنه "تطبق الإتفاقية للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الإعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها..." وإن كان أغلب الدول ما تضع في تشريعاتها في نفس المستوى قرارات تحكيمية أجنبية وأحكام أجنبية أو

قرارات أجنبية وقرارات تحكيمية وطنية (932). نفس المبدأ نجده مكرسا في إتفاقية الرياض وبالضبط في المادة 37 منها. فهذه المادة لا تميز بين القرارات التحكيمية الوطنية أو تلك الصادرة في بلد عربي آخر غير بلد المستثمر العربي، رعية الدولة العربية الأخرى. وإنما تشترط فقط، أن تؤخذ في عين الإعتبار أحكام الإتفاقية والقواعد المعمول بها في الدولة العربية المطلوب فيها التنفيذ. أما عن أحكام الإتفاقية، فيقصد بها تلك المتعلقة بشروط وإجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تهم المستثمرين من مواطني الدول المتعاقدة بدون تمييز.

من جهتها، لم تقم الإتفاقية المغاربية في هذا المضمار، سوى أنها كرست مبدأ إستقر عليه التعامل في إتفاقيات التعاون القضائي، سواء المتعددة الأطراف التي هي موضوع بحثنا، أو في إتفاقيات التعاون القضائي الثنائية، والقاضي بضرورة المساواة بين مواطني الدول المتعاقدة من حيث الإلتزامات وتسهيلات التنفيذ وعدم تحميل بعضهم إلتزامات أكثر من تلك التي يتحملها البعض الآخر بحكم إنتمائهم إلى الدولة المطلوب فيها التنفيذ (933). إذ تنص المادة 45 على أنه تطبق أحكام هذا القسم على الشخص الطبيعي والإعتباري مهما كانت جنسيته. ومن الممكن أن نجد تبريرا لهذا الموقف في رغبة الدول الأطراف في تمتيع جميع أحكام المحكمين التي تصدر في إقليم دولة طرف بالتسهيلات التي تتضمنها أحكام الإتفاقية حتى تبعث لدى المستثمرين سواء منهم الوطنيين أو الأجانب الثقة في القضاء التحكيمي للدول الأطراف وتشجعهم على اللجوء إليه وتطمئنهم إلى أحكامه بضمان الإعتراف بها والأمر بتنفيذها، لا في إقليم الدولة التي أصدرت الحكم فقط وإنما أيضا في كامل بلدان المغرب العربي. وهو موقف تمليه العولمة وطموح الدول الأطراف في أن تصبح قوة إقتصادية جهوية لها موقعها في الساحة الدولية.

---

(932) راجع د. أبو زيد رضوان: " الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي – القسم الثاني – دولية التحكيم التجاري"، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الثانية، العدد الثاني 1989، ص. 44.

(933) أحمد الورفلي: "الإتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم". المجلة التونسية للتحكيم، العدد 02، سنة 2002، ص. 12.

إلا أنه للتمييز بين أحكام المحكمين الوطنية التي تخضع للقانون الداخلي للدول الأطراف وأحكام المحكمين الأجنبية التي يجب أن تخضع لأحكام الإتفاقية، فقد كرست الإتفاقية المغاربية معيارا جغرافيا ألا وهو مكان وقوع التحكيم. فإذا وقع التحكيم لدى دولة طرف غير تلك التي يطلب منها الإعتراف أو الأمر بالتنفيذ، فإنه يعد أجنبيا ويخضع لأحكام الإتفاقية وهو نفس المعيار الذي تبنته إتفاقية نيويورك لـ 10 جوان 1958 ضمن الفقرة الأولى من المادة الأولى منها التي تنص على أنه "تطبق الإتفاقية للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الإعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها.

وهذا يعني أنه يفرض على الدولة المتعاقدة الإلتزام بالإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الداخلة في مجال تطبيق الإتفاقية، متى توافرت في الحكم الشروط المنصوص عليها فيها. وترك إجراءات الإعتراف بالحكم أو تنفيذه لتخضع لقانون الدولة التي يجري التمسك بالحكم أو يطلب تنفيذه في إقليمها إعمالا لقاعدة خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي. هذا ولما كانت هذه الإجراءات تختلف من دولة إلى أخرى، فقد جرى الحرص طبقا للإتفاقية الدولية على تقريب أحكام المحكمين الأجنبية من أحكام المحكمين الوطنية من حيث ما يلزم إتخاذه من إجراءات للإعتراف بها وتنفيذها. وذلك بما جاء فيه من أنه "لا تفرض للإعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها الإتفاقية الحالية شروطا أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر إرتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية". ويرى بعض الشراح في خصوص تشبيه حكم المحكمين الأجنبي بحكم المحكمين الوطني، أن هذا التشبيه يقوم على الصفة التعاقدية للتحكيم التي تبرر معاملته معاملة تختلف عن معاملة الأحكام القضائية (934).

إلا أنه عادة، ما تكون دولة عربية أو مغاربية واحدة طرفا في إتفاقية دولية متعددة الأطراف، مثل إتفاقية نيويورك وهي في نفس الوقت طرف في إتفاقية عربية إقليمية أو شبه إقليمية مثل الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني و القضائي بين دول إتحاد المغرب

(934) Voir Robert. J, op cit, n° 445.

العربي. ومن غير المستبعد، أن يكون هناك تنازع بين هذه الإتفاقيات وإتفاقيات ثنائية أخرى للتعاون القضائي. في هذه الحالة، يرى الفقه أن الحل يكمن في الإعتماد على مبدأ التمسك بالإتفاقية الأفضل (935) .

أما عن قانون التحكيم الدولي الجزائري، فقد وضع نظاما خاصا به للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية (مادة 458 مكرر وما يليها).

ويأتي هذا النظام تجسيدا لمبدأ الحرية الممنوحة للدولة في إطار إتفاقية نيويورك، من أجل تحديد إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بنفسها. وهذا يعني وإن كان على مستوى المنظومة المصطلحاتية، فقد أدخل المشرع ولأول مرة مصطلح "إعتراف" في المادة 458 مكرر 17، متأثرا بذلك باتفاقية نيويورك وبطريقة غير مباشرة بالمادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (936).

إلا أن مصطلح "إعتراف" بحكم أجنبي لم يكن مكرسا من قبل في قانون الإجراءات المدنية لأن الذي كان ولا يزال منصوصا عليه هو مصطلح "تنفيذ". فالمادة الوحيدة التي موضوعها الأحكام الصادرة عن جهات قضائية أجنبية والتي ينص عليها القانون السالف الذكر، لا تستهدف إلا تنفيذ هذه الأحكام وكذا القرارات الأخرى الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية إلى جانب العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب. ومعنى ذلك، فإن مصطلح إعتراف لم تكن له أي دلالة خاصة في القانون الجزائري (937)، خاصة إذا علمنا أن الإعتراف مثل التنفيذ يخضعان لنفس الشروط (938).

كما أن المشرع في خصوص القرارات موضوع الإعتراف، لم يميز فيها بين القرارات الصادرة في الجزائر وتلك الصادرة في الخارج متأثرا في ذلك، حتى في هذه الحالة، بالقانون الفرنسي الذي يشبه القرارات الوطنية بالقرارات الأجنبية. وذلك منذ القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 27 جويلية سنة 1937 (939).

---

(935) De Boisséson : Le droit français de l'arbitrage interne et international, L.G.D.J. Paris, 1990, p. 433.
(936) Issad. M : « Le décret législatif algérien du 25 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », in Rev.arb. 1993, n° 3, p. 397.
(937) Ibid.
(938) راجع المادة 458 مكرر 17 من قانون الإجراءات المدنية.
(939) DP, 1938.1.25 ; JCP, 1937 II 449 : S, 1938, I. 25 ; JDI, 1938.

وهذا يعني أنه يفرض على الدولة المتعاقدة الإلتزام بـالإعتراف وتنفيـذ أحكـام المحكمين الداخلة في مجال تطبيق الإتفاقية، متى توافرت في الحكم الشروط المنصوص عليها فيها. وترك إجراءات الإعتراف بالحكم أو تنفيذه لتخضع لقانون الدولة التي يجـري التمسك بالحكم أو يطلب تنفيذه في إقليمها إعمالا لقاعدة خضوع قواعد المرافعات لقـانون القاضي. هذا ولما كانت هذه الإجراءات تختلف من دولة إلى أخرى، فقد جرى الحـرص طبقا للإتفاقية الدولية على تقريب أحكام المحكمين الأجنبية من أحكام المحكمين الوطنيـة من حيث ما يلزم إتخاذه من إجراءات للإعتراف بها وتنفيذها. وذلك بما جاء فيه من أنـه "لا تفرض للإعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها الإتفاقية الحالية شـروطا أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر إرتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية. ويرى بعض الشراح في خصوص تشبيه حكم المحكمين الأجنبي بحكم المحكمين الوطني، أن هذا التشبيه يقوم على الصفة التعاقدية للتحكيم التـي تبرر معاملته معاملة تختلف من معاملة الأحكام القضائية (940).

إلا أن القانون الجزائري قد تميز عن إتفاقية نيويورك الدولية عندما لم يستعمل مصطلح "قرار تحكيمي أجنبي" وإكتفى بإستعمال "قرار تحكيمي" حتى يسوي من حيث إجراءات الإعتراف والتنفيذ، بين القرارات التي تصدر في الدولة غير الدولة المطلوب على إقليمها التنفيذ والقرارات الصادرة في الجزائر مثلا في مجال التحكيم الدولي.

بقي أن نشير إلى أن الدولة تبقى حرة في وضع إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بالكيفية التي تراها هي تستجيب ومصالحها. من جهة أخرى، فإن الخاصية التي تميز هذه الإجراءات على مستوى القانون الجزائري للتحكيم هو إشتمالها على شروط غير متشددة عندما يتعلق الأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية. فبالرغم من أن إيداع القرار التحكيمي والوثائق الأخرى التي لها علاقة به هو إجباري طبقا للمادة 458 مكرر 19 وليس جوازيا مثلما هو منصوص عليه في القانون الدولي الخاص السويسري مثلا. إلآ أن منح الأمر بالتنفيذ قد أخضعه المشرع إلى شروط ميسرة. وهكذا، فإنه يمكن

---

(940) Voir Robert. J, op cit, n° 445

الحصول على هذا الأمر في أجل نسبيا قصير، بما أن القاضي لدى فحصه لطلب الأمر بالتنفيذ سوف يكتفي فقط من التأكد من أن القرار الذي صدر عن المحكمة التحكيمية هو موجود وأن القرار المعني لا يتعارض والنظام العام الدولي في معنى المادة 458 مكرر 23 مع منح الطرف الذي خسر الدعوى شهرا لإستئناف هذا الأمر.

ومما يؤكد مرونة الإجراءات هو أنه لإثبات وجود قرار تحكيمي نص المشرع على تقديم أصل القرار التحكيمي مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ من هذه الوثائق تتوفر فيها الشروط المطلوبة لإثبات صحتها، كترجمتها إلى اللغة العربية والمصادقة عليها من طرف السلطات القنصلية. كما وأنه يجري إيداع هذه الوثائق فيما بعد لدى الجهة القضائية من طرف أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل (941). وتبعا لذلك، فهذا القانون بالقدر الذي هو في توافق تام مع أحكام إتفاقية نيويورك باعتبارها إتفاقية متعددة الأطراف، فهو أيضا يبدو متأثرا بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (942).

يجب الإعتراف من جهة أخرى أن توسع رقعة العلاقات التجارية وسرعة حركة الأموال من البلدان الغنية في إتجاه البلدان الأقل نموا على مستوى المعمورة، دفع باتجاه تبسيط إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في دول أخرى إلى أبعد الحدود. ولكن يبقى العائق على مستوى الإتفاقيات الدولية الثنائية للتعاون القضائي هو أخذ هذه الإتفاقيات بمبدأ المعاملة بالمثل. فمثلا تنص المادة 21 من الإتفاقية القضائية السورية اللبنانية المؤرخة في 25 فيفري سنة 1951 على أنه تكون القرارات التحكيمية قابلة للتنفيذ في الدولتين إذا كانت موضوع أمر بالتنفيذ وبطريق التبادل في الدولة الأخرى (943). ولكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فإذا حاولنا أن ننظر إلى الموضوع من زاوية القانون المقارن، فإننا نجد أنه حتى بعض التشريعات الوطنية قد وضعت المعاملة بالمثل كشرط للإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي. ومثلا، نصت المادة 11-5 من القانون الدولي

---

(941) راجع المادة 458 مكرر 19.

(942) راجع المادة 1498 فقرة 1 والمادة 1499 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

(943) Citée par El Hakim. J, « Evolution de quelques droits nationaux de l'arbitrage international – domaine de l'arbitrage et exécution des sentences », in le rôle de l'Etat dans le développement de l'économie, Approches nationales, éd Bruylant, IDECF, 1995.

الخاص التونسي على أنه يرفض الأمر بالتنفيذ L'exéquatur "إذا كانت الدولة الأجنبية لم تحترم قاعدة المعاملة بالمثل. وهذا يعني، أن موقف الدولة الأجنبية سيصبح موضوع حكم من قبل السلطة القضائية". وهذا من شأنه أن يصطدم – مثلما عبر عنه الأستاذ مزغني بمبدإ الفصل بين السلطات. لأنه ليس من الصلاحيات المخولة للسلطة القضائية في أن تقدر apprécier أو أن تحكم على موقف تكون قد إتخذته دولة أجنبية، لأن مثل هذا التصرف هو من صميم الإختصاص الذي يعود إلى السلطة التنفيذية الوحيدة التي تعتبر السيدة في خصوص علاقاتها مع الدول الأخرى" (944).

إلا أنه إذا كانت فعالية القرار التحكيمي بوجه عام تحتاج إلى الإعتراف وإلى التنفيذ، فإن الإعتراف يبقى مستقلا عن التنفيذ، لأن الفعالية المادية L'efficacité substantielle للقرار تختلف عن القوة التنفيذية له، شأنه في ذلك شأن أي حكم أجنبي صادر عن جهة قضائية أجنبية.

كما أن الإعتراف بالقرارات التحكيمية دون اللجوء إلى إمهارها بالصيغة التنفيذية تقيد القاضي s'impose au juge الوطني على أساس الدفع بحجية الشيء المقضي فيه اللصقة بالقرار التحكيمي منذ صدوره. أما الأمر بالتنفيذ الذي يمنحه القاضي الوطني للقرار التحكيمي فالغاية منه هو حتى يرتب هذا الأخير كل آثاره. ونعني هنا بالآثار مثلا الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في القرار التحكيمي، وفي حالة إمتناعه إجباره على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه. وهذه الإجراءات قد تكون بحجز الأموال أو بالحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعيين. أما إذا كان المحكوم عليه شخصا معنويا، فإجراءات التنفيذ تشمل أموال الشخص المذكور. وقد تكون لهذا الشخص ممتلكات وأموال موزعة في دول متعددة، ففي هذه الحالة يكون لطالب التنفيذ إختيار المكان الأكثر ملائمة للإعتراف بالقرار وتنفيذه.

---

(944) Mezghani. A, Commentaires du code de droit international privé, OPU, Tunis 1999 p, 250.

المطلب الثاني: الشكليات المطلوبة للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية

يجب التنبيه أولا، إلى أن إتفاقية نيويورك المتعددة الأطراف لا تحدد قواعد للإختصاص أو للإجراءات التي على أساسها يعترف بالقرار التحكيمي وينفذ. فهي تكتفي فقط بالتذكير في مادتها 3 أنه " تعترف كل من الدول المتعاقدة بما لقرار تحكيمي من سلطة، فتأذن بتنفيذ هذا القرار طبقا لقواعد الإجراءات المعمول بها في البلاد التي يتمسك فيها بالقرار" طبقا للشروط الموضوعية التي تحددها. وفي القانون الجزائري، يتعلق الأمر - كما سبق وأن ذكرنا - بالمواد من 458 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية. ولكن بالمقابل، تمنع الإتفاقية على الدول المتعاقدة من أن تفرض بقصد الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية شروطا أكثر شدة ولا مصاريف عدلية أكثر غلاء مما هي مستوجبة للإعتراف بالقرارات التحكيمية الوطنية وتنفيذها. ولكن هذا لا يعني إطلاقا، أن نظام الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي نصت عليها الإتفاقية سوف يتبع ذات النظام المعمول به بالنسبة للقرارات التحكيمية الداخلية.

من جهة أخرى، فقد ألقت إتفاقية نيويورك عبئ إثبات الحق في الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي على طالب التنفيذ، لأنه إذا كان في السابق، في ظل إتفاقية جنيف لسنة 1927 كان عبئ الإثبات يقع على " الطرف الذي يتمسك بالقرار". وبعبارة أخرى، أن يثبت هذا الأخير أنه تتوفر فيه كل الشروط الضرورية للإعتراف به وتنفيذه (945) فإن إتفاقية نيويورك الدولية لا تفرض على طالب التنفيذ إلا تقديم بعض الوثائق التي تشهد بصحة القرار التحكيمي وبإتفاقية التحكيم التي قام على أساسها القرار (946).

لا تستدعي هذه الوثائق أن نقف عندها. ولكن حسب أحد الفقهاء (947) فإنه مقارنة باتفاقية جنيف فقد سجلت إتفاقية نيويورك تقدما ملحوظا لما يسرت على طالب التنفيذ تقديم وثائق ليس من الصعب الحصول عليها. يبقى على خصمه طبقا لنفس الإتفاقية أن يثبت إذا أراد أن يستجاب لطلبه رفض التنفيذ الذي يكون قد تقدم به لدى الجهة القضائية المختصة

---

(945) راجع المادتين I وII من إتفاقية جنيف لسنة 1927.

(946) أنظر المادة 4 من إتفاقية نيويورك لسنة 1958.

(947) David. R, op cit. P, 548.

وجود سبب من أسباب الرفض التي نصت عليها الإتفاقية الدولية. لأنه مبدئيا، إلى أن يثبت العكس، يعد القرار التحكيمي قد صدر وفقا للأوضاع المقررة قانونا طبقا للقانون المختار من قبل الأطراف وكان نهائيا. بالإضافة إلى أنه قد أصبح قابلا للتنفيذ بإستثناء الرقابة التي من المنتظر أن تمارسها الهيئة القضائية في مرحلة بعدية على القرار التحكيمي قصد منحه الصيغة التنفيذية على أساس الوثائق المودعة وخاصة ما تعلق منها بأصل القرار المشهود بصحته.

والهدف من إشتراط أصل القرار المشهود بصحته هنا، هو تمكين القاضي المختص من التأكد من سلامة الوثيقة المعروضة عليه شكلا ومضمونا ومن هوية موقعيها من المحكمين. وإن كانت نسخة فقط من الأصل تتوفر فيها كل الشروط لصحتها يمكن أن يأخذ بها القاضي. ولكن محرري إتفاقية نيويورك لم يحددوا طبقا لأي قانون يمكن التأكد من صحة أصل القرار أو النسخة المصادق عليها. إن سكوت الإتفاقية عن هذا العنصر من شأنه أن يمنح القاضي حرية تقدير مدى صحة الوثائق بالنظر إلى شروط دولة صدور الوثائق أو بالنظر إلى شروط قانونه هو. وإن كان الفقه الدولي يجيز بوجه عام إخضاع تصديق وثائق الطلب إلى الإجراءات المنصوص عليها طبقا لقانون البلاد الذي صدر فيه القرار أو طبقا لقانون البلد الذي يطلب منه تنفيذ القرار (948).

من جهة أخرى، بالرغم من أن الإتفاقية تشترط أن يقدم طالب الإعتراف والتنفيذ الوثائق "في نفس الوقت مع مطلبه"، فإن محاكم العديد من الدول تعتبر أن إغفال هذه الوثائق عند تقديم طلب الإعتراف والتنفيذ لا يمنع من إيداعها في مرحلة لاحقة. إلا أنه يجب التذكير في هذا المقام، أن خلافا بين المحاكم الأجنبية قد جرى حول الوقت الذي يجب أن تقدم فيه الوثائق مثل القرار وإتفاقية التحكيم أو صورا مصدقة عنها. وهل يجب أن تقدم مع الطلب – مثلما ذكرنا – وتعتبر في هذه الحالة من الشروط الشكلية لقبولها، أم أنه يجوز قبولها بعد تقديمه؟ وقد دار الخلاف حول تفسير كلمة " Shall " الواردة في عبارة

---

(948) راجع د. أحمد شيخ قاسم: " دور التحكيم التجاري الدولي"، مجلة المحامون، دمشق الأعداد 8 و9 للعام 1991، السنة 56، ص. 24.

" Shall at the time of application" إذ فسرها القضاء الإيطالي (949) بأنها تحمل طابع الإلزام وقضى بوجوب تقديم هذه الوثائق في نفس الوقت الذي يقدم فيه طلب التنفيذ، كي يتمكن الخصم من مناقشة الطلب وتقديم الدفوع بشأنه. في حين تساهل القضاء النمساوي (950) في ذلك معتبرا أن النص لا يحمل طابعا إلزاميا. ومن ثمة، فقد أجاز لطالب التنفيذ تفادي النقص وإكمال الوثائق بعد تقديم الطلب. إلا أنه من الفقهاء من يعتبر أن كلمة "Shall " لا تحمل طابع الوجوب فقط وإنما تحمل أيضا طابع الجواز. مما ينبغي تفسيرها تفسيرا مرنا، وإعتبار تقديم الوثائق دليل إثبات موضوعي يجوز تقديمه مع طلب التنفيذ وبعده، وعدم إعتباره إجراءا شكليا يؤثر في صحة الطلب سوى ما يتعلق بضرورة تقديم الطلب (951) على صعيد آخر، تشترط إتفاقية نيويورك إيداع الوثائق المطلوبة مترجمة في لغة البلد الذي أثير فيه القرار. وهذا الشرط يعد أمرا ضروريا، بينما في السابق، فقد إكتفت إتفاقية جنيف لسنة 1927 بالتنصيص على أن الترجمة ممكن أن تطلب (952). وحول هذه النقطة بالذات، فقد قضت محكمة أمستردام الهولندية على سبيل المثال بقبول طلب تنفيذ قرار مرفق بوثائق محررة باللغة الأنقليزية، على الرغم من عدم تقديم ترجمة لها باللغة الهولندية، لعلة أنها تعرف اللغة الأنقليزية وليست بحاجة إلى ترجمتها للغة المحلية، ولأن ترجمة القرار الذي يتألف من أكثر من مائة صفحة يكلف نفقات كثيرة. غير أن الفقيه Berg وجه نقدا لهذا القرار، مع تبنيه في نفس الوقت لموقف مرن للمسألة. فهو يرى بمنح المحكمة سلطة تقديرية في هذا الموضوع. فإذا رأت ضرورة لتقديم تلك الترجمة أو إذا طلب الخصم إلزام طالب التنفيذ تقديم ذلك، تصدر المحكمة قرارا بتكليف المدعي بتقديم ترجمة للوثائق. ويعتبر التكليف في هذه الحالة إلزاما له، فإذا لم يمتثل لقرار المحكمة، فإنها تملك سلطة رفض طلب التنفيذ بسبب عدم إستيفائه الشروط التي نصت عليها المادة 4 من إتفاقية نيويورك (953).

(949) راجع نقض إيطالي، 1981/05/26، قضية رقم 3456، السنوي السابع، ص 345 ذكر من قبل أحمد شيخ قاسم، المرجع السابق.

(950) المحكمة العليا النمساوية، 1965/11/17، السنوي الأول، ص. 182. نفس المرجع.

(951) أحمد شيخ قاسم. نفس المرجع.

(952) راجع المادة IV فقرة 2 من الإتفاقية.

(953) Voir Sanders. P, « Vingt années de la convention de New-York de 1958 » , in D.P.C.I, 1979, p. 373.

كما أنه يرى تدعيما لقوله – أن المادة 5 من إتفاقية نيويورك قد حددت الأسباب التي تحول دون تنفيذ القرار،ولا يوجد من بينها، تخلف طالب التنفيذ عن تقديم الوثائق وترجمتها. بالإضافة إلى كون تلك الأسباب قد جاءت على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها (954).

عربيا، تلزم إتفاقية الرياض العربية المتعلقة بالتعاون القضائي لسنة 1983 طالب الإعتراف بأحكام المحكمين بتقديم الوثائق المنصوص عليها طبقا للمادة 34 منها والتي تقضي بأنه " يجب على الجهة التي تطلب الإعتراف بالحكم لدى أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى تقديم ما يلي:

أ- صورة كاملة رسمية من الحكم مصدق على التوقيعات فيها من الجهة المختصة.

ب- شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به، ما لم يكن ذلك منصوصا عليه في الحكم ذاته.

ج- صورة من مستند تبليغ الحكم مصدق عليها بمطابقتها للأصل أو أي مستند آخر من شأنه إثبات إعلان المدعى عليه إعلانا صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي".

وفي حالة طلب تنفيذ الحكم يضاف إلى الوثائق المذكورة أعلاه صورة من الحكم القاضي بوجوب التنفيذ. ويجب أن تكون المستندات المبينة في هذه المادة. موقعا عليها رسميا ومختومة بخاتم المحكمة المختصة دون حاجة إلى التصديق عليها من أي جهة أخرى باستثناء المستند المنصوص عليه في البند (أ) من هذه المادة.

وهكذا، فإنه يعود إلى الجهة التي تطلب الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه أن تقدم نسخة طبق الأصل عن القرار التحكيمي مرفقة بشهادة من السلطة تؤكد على صفته التنفيذية.

لا يكفي إذن أن يكون القرار التحكيمي قد صدر في صيغته الأصلية أولا، بل يقتضي أن يكون إضافة إلى ذلك مصدقا عليه بما ينم عن الإعتراف به تنفيذيا، من قبل

---

(954) Voir Sanders. P, op cit p. 374.

السلطات القضائية للبلد الذي صدر فيه القرار خاصة وأن الإتفاقية تتحدث عن "حكم أصبح نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضي به".

وفي الحالة التي تكون فيها إتفاقية مكتوبة وسارية المفعول ما بين الأطراف، من شأنها أن تعطي صلاحية للمحكمين في أن ينظروا في نزاع محدد. مما يستلزم والحالة تلك، أن ترفق بالملف المودع لدى الجهة المختصة بالنظر في طلب التنفيذ نسخة من الإتفاقية مصدق عنها. تجدر الإشارة إلى أن الوثائق الواجب إيداعها من قبل طالب الإعتراف بحكم المحكمين هي تقريبا نفسها المنصوص عليها من قبل إتفاقية نيويورك وهي ذاتها المنصوص عليها صلب المادة 43 من الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي. وعليه، يستفاد من قرائتنا لهاتين الإتفاقيتين، أنه بالنسبة للوثيقة الأولى والخاصة بأصل القرار التحكيمي الذي يجب على طالب الإعتراف إيداعه لدى القاضي المختص، فإن الهدف من التنصيص على هذه الوثيقة، هو تمكين المحكمة من الإطلاع على القرار والتثبت ما إذا كان تتوفر فيه جميع الشروط لصحته، من بينها، إحترامه لإرادة الأطراف وقابليته للتنفيذ حسب قانون الدولة، الطرف في النزاع التي صدر على إقليمها القرار. أما بالنسبة للوثيقة الثانية، والمتعلقة بوجوب إيداع المحضر الأصلي الذي وقع بمقتضاه الإعلام بالحكم، فالغرض منه، حتى تتثبت المحكمة من إحترام حقوق الدفاع، ذلك أن إطلاع المحكوم عليه بالقرار التحكيمي أمر ضروري حتى يتمكن من ممارسة الطعن الذي يخوله له قانون الدولة التي صدر لديها قرار المحكمين.

أما عن إكتساب القرار التحكيمي لقوة الأمر المقضي فيه، فإيداع طالب الإعتراف لشهادة من كتابة الضبط المختصة تثبت أنه لم يقع الطعن في القرار بطرق الطعن العادية أو الغير عادية. فالغرض منه، أن تتمكن المحكمة من التثبت من إحترام شروط وجوب أن يكون قرار المحكمين قد إكتسب قوة الأمر المقضي فيه، وأصبح قابلا للتنفيذ بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه " إذ ليس من المعقول و مما يتناقض مع مبدأ إحترام الحقوق

المكتسبة أن يسمح بتنفيذ حكم ما في بلد أجنبي بينما هو عاطل عن التنفيذ في بلده الأصلي" (955).

أما عن وجوب إيداع نسخة رسمية من محضر الإستدعاء الموجه للطرف المحكوم عليه غيابيا، فالقصد منه، تمكين المحكمة من التثبت من مدى توفر الشرط الذي يقضي بأن يكون الخصوم قد تم إستدعائهم للحضور على الوجه الصحيح حتى يمكن الإعتراف بقرار المحكمين أو الأمر بتنفيذه. والإتفاقية تكرس هنا مبدأ وجاهية المحاكمة وإحترام حقوق الدفاع. ولكن، هل ممكن أن نجد نفس الوثائق الواجب إيداعها من طرف طالب الإعتراف بالقرارالتحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة في القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم؟ نشير قبل الإجابة عن هذا السؤال، إلى أن مصطلح الإعتراف في حد ذاته كان إلى وقت ليس ببعيد غير مستعمل من قبل المشرع الجزائري. العبارة المتداولة والتي نجدها مكرسة في المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية تتعلق " بتنفيذ الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية". أما ما أصطلح عليه في المرسوم التشريعي لسنة 1993 " بالإعتراف" بالقرار التحكيمي هو ما نقل عن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 1981 في مادته 1498 والذي نجده مكرسا في المادة 458 مكرر 17 وعن إتفاقية نيويورك الدولية حتى وإن لم يقع التنصيص عليها صلب المرسوم ولم تظهر في تأشيرته. أما عن الجهة التي تطلب الإعتراف بالقرار والتي يقع عليها عبئ إثبات الوثائق التي على أساسها يمنح هذا الإعتراف، فإن المادة 458 مكرر 17 تنص في الفقرة الأولى على أنه "يتم الإعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها. وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي" ونصت الفقرة الثانية في جزء منها على أنه " بنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ ..." وهذا يعني أن الإعتراف والتنفيذ يخضعان لنفس الشروط.

---

(955) جابرجاد عبد الرحمان: القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الرابع، في تنازع الإختصاص، دار المعارق الإسكندرية 1992، ص. 175.

وهي إثبات المتمسك بها بوجودها وألا يكون الإعتراف والتنفيذ مخالفين للنظام العام الدولي. وقد إستوحت المادة 458 مكرر 8 من إتفاقية نيويورك في خصوص إثبات القرار التحكيمي لما نصت على أنه " يثبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ من هذه الوثائق، تتوفر فيها الشروط المطلوبة لإثبات صحتها". وبهذا يمكن للتمسك بالقرار التحكيمي أن يثبت وجوده، وذلك بتقديم أصل القرار مع أصل إتفاقية التحكيم. ولكن إذا تعذر عليه تقديم الأصول، يمكن له أن يقدم نسخا عنها مصادق عليها تشهد بصحتها. وهو نفس الإجراء الذي نصت عليه إتفاقية نيويورك. وهذا دليل آخر على مدى تأثر قانون التحكيم الدولي الجزائري بالإتفاقيات المتعددة الأطراف في خصوص هذا الجانب بالذات.

يبقى أن نشير إلى أن إيداع أصل القرار مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ من هاتين الوثيقتين طبقا للمادة 458 مكرر 19 يعد إلزاميا وليس جوازيا، خلافا لما هو منصوص عليه في المادة 193 فقرة 1 من القانون الدولي الخاص السويسري. وهذا يعني أن عدم إيداع الوثيقتين المشار إليهما سلفا أو إحداها يكفي لرفض طلب إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية.

ولكن ماذا عن مصير الوثائق المقدمة إذا كانت غير محررة بلغة القاضي الوطني؟ في الواقع، لم يتعرض المشرع إلى هذه المسألة. ولكن من الممكن أن نجد الحل بالرجوع إلى أحكام إتفاقية نيويورك التي صادقت عليها الجزائر سنة 1988. تنص المادة 4-2 من الإتفاقية السالفة الذكر على أنه " إذا لم يكن القرار المذكور أو الإتفاقية المذكورة محررين بلغة البلاد الرسمية حيث يقع التمسك بالقرار التحكيمي، فإن على الطرف الذي يطلب الإعتراف بالقرار التحكيمي وبتنفيذه أن يقدم هاتين الوثيقتين مترجمتين للغة المذكورة. ويلزم أن تكون الترجمة مشهود فيها من طرف مترجم رسمي ومن مترجم محلف أو من عون تابع للسلك الدبلوماسي والقنصلي". إن الغاية من الترجمة إلى لغة البلد حيث يتمسك بالقرار التحكيمي، هو تسهيل مهمة القاضي المختص المدعو إلى فحص هذه الوثيقة بلغته هو، لا بلغة البلد الذي صدر فيها القرار. أما أن تكون الترجمة مشهود فيها من طرف

مترجم رسمي، فذلك لإثبات صحتها. وبما أن الأمر يتعلق بإيداع هذه الوثائق لدى الجهة القضائية المختصة. فما هي هذه الجهة التي تتكلم عنها جل الإتفاقيات المتعددة الأطراف؟ وإذا حددنا الجهة المختصة، كان لزاما علينا أن نستعرض أيضا الإجراءات المقامة أمامها.

المبحث الثاني: الجهة المختصة والإجراءات المقامة أمامها في الدولة المضيفة.

لا إتفاقية نيويورك الدولية ولا الإتفاقيتين الجهويتين، سواء على مستوى العالم العربي أو المنطقة المغاربية (956) قد حددت بالضبط الجهة القضائية الفاصلة في مادة الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية. فعلى سبيل المثال، إكتفت إتفاقية نيويورك على ذكر "الهيئة المختصة" (957) بدون توضيح طبيعة هذه الهيئة وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي يمكن أن تتدخل.

وعدم تحديد الهيئة المختصة المخولة للنظر في التنفيذ يعود حسب الفقيه David.R إلى أنه يستحيل على إتفاقية نيويورك أن تقرر لوحدها ماهي السلطة التي يعود إليها هذا الإختصاص في أكثر من دولة وطبقا لأي إجراءات يمكن أن تنظر في طلب التنفيذ وأي طعون يمكن أن تمارس ضد القرار المانح أو الرافض الأمر بالتنفيذ. لأنه يرى نفس الفقيه أن كل هذه المسائل هي مرتبطة أشد الإرتباط بالطريقة التي تنظم وتسير بها السلطات العمومية الجهاز القضائي في هاته الدول (958).

ولكن ومهما إختلفت الآراء والمبررات، يبقى أن القاضي الذي يرجع إليه النظر في مادة التنفيذ يتحدد طبقا للقانون أين يمنح الأمر بالتنفيذ. وقد يؤول الإختصاص في هذه الحالة، إما إلى قاضي التنفيذ للمحكمة الإبتدائية (959) أو إلى رئيس المحكمة (960) أو إلى محكمة الإستئناف مثلما هو معمول به في تونس ومصر (961).

(956) راجع المادة 31 ب من إتفاقية الرياض العربية والمادة 39 من الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي. المرجع السابق.

(957) يلاحظ أن إتفاقية نيويورك لم تستعمل عبارة (المحكمة المختصة) بل " الهيئة المختصة". ويعتقد بعض الفقهاء أن سبب ذلك هو أن بعض البلدان الإشتراكية فيها مؤسسات غير المحاكم تكون هي المختصة في القضايا المتعلقة بالتجارة الدولية. راجع د. محمد فوزي سامي، المرجع السابق، ص. 45.

(958) David. R, op cit, p. 547

(959) راجع المادة 1477 من القانون الفرنسي.

(960) أنظرالمادة 458 مكرر 17 فقرة 2 من القانون الجزائري.

(961) راجع 78 من مجلة التحكيم التونسية والمادة 9 من القانون المصري.

بعض القوانين الوطنية من بينها قانون الإجراءات المدنية الجزائري لا يمنح الإختصاص إلى المحاكم الإدارية للنظر فيما إذا كان بالإمكان الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي أم لا. ثم أن المشرع عوضا عن الإختصاص النوعي للمحاكم، فقد أخذ بمبدأ الإختصاص الإقليمي (مادة 458 مكرر 17 فقرة 2). وإن كان هناك أيضا من التشريعات التي تأخذ بمعايير أخرى، قصد تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا مثل أين يوجد موطن المدعى عليه أو مكان وجود الأموال أو المكان أين يقع به مقر التحكيم أو مكان صدور القرار التحكيمي (962).

ونفس الملاحظة يمكن أن نسوقها بالنسبة لإتفاقية واشنطن التي نصت في الفقرة 2 من المادة 54 على أنه "يجب على الطرف الذي يسعى لإعتراف بالقرار أو لتنفيذه أن يقدم للمحكمة المختصة أو للجهة الأخرى التي تكون الدولة قد عينتها لهذا الغرض..." وما تتجه ملاحظتة في خصوص هاتين الإتفاقيتين، هو أنها قد تركت الحرية للدول المتعاقدة في أن تحدد بنفسها الجهة القضائية المختصة للنظر في مسألة الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية طبقا لتشريعاتها الوطنية.

ولهذا الغرض، وبناء على ما تقدم، فقد إرتأينا أن نتعرض للجهة القضائية المختصة طبقا للقانون الجزائري المتعلق بالتحكيم (المطلب الأول) والإجراءات المقامة أمامها (المطلب الثاني). وبطبيعة الحال، مقارنة هذه الإجراءات بمثيلاتها في الإتفاقيات المتعددة الأطراف الأخرى. وعلى رأس هذه الإتفاقيات، إتفاقية نيويورك.

المطلب الأول: الجهة المختصة للنظر في الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية.

لم تنص المادة 458 مكرر 17 من المرسوم التشريعي 09/93 على المحكمة المختصة فيما يتعلق بالإعتراف. ولهذا، فإذا كان طلب الإعتراف فرعيا أي أنه مرتبط بطلب التنفيذ. فإن الإعتراف يتم من قبل نفس المحكمة. أما إذا كان طلب الإعتراف أصليا، فيتم الإعتراف من طرف المحكمة التي سينفذ القرار التحكيمي في دائرة إختصاصها. تجدر الإشارة إلى أن مصطلح " إعتراف" بقرار أجنبي هي غير مكرسة في

---

(962) أنظر المادتين 1477 و1500 من القانون الفرنسي.

قانون الإجراءات المدنية الجزائري. ما هو مكرس من قبل، في المادة 325 - كما سبق وأن أعلنا - من القانون هو مصطلح " تنفيذ" والمتعلق أصلا بالأحكام الصادرة عن جهات قضائية أجنبية أو بالعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو أجانب. ولهذا الغرض، فيجب تقصي جذور هذه الكلمة في إتفاقية نيويورك والتي أدخلت في المادة 458 مكرر 17 عن طريق المادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية الجديد. حتى وإن لم ينص القسم الثالث من المرسوم التشريعي على ذلك في عنوانه ولم يظهر ذلك في تأشيراته، فإن إتفاقية نيويورك تطبق على القرارات التحكيمية كما هي معرفة في المادة الأولى منها. غير أن الذي يجب التنبيه إليه، هو أنه خارج البحث عن أصل المصطلح، فإن الإعتراف يبقى خاضعا إلى نفس الشروط التي يخضع لها التنفيذ بوجه عام **(963).**

ولهذا السبب، فإن الأستاذ إسعد يرى أنه عند الضرورة، فالطرف الذي له مصلحة في طلب الإعتراف، عادة ما يفضل طلب التنفيذ لدى القاضي الأول عوضا عن الإعتراف، لأنه الأسهل له. بدليل أن الإعتراف لا يمكن التمسك به إلا بصفة عرضية في قضية في الموضوع تبدو أطول وغير مضمونة النتائج **(964).**

يجب التذكير أيضا، أنه مبدئيا، يعد القرار التحكيمي مكسيا بقوة الشيء المقضي فيه منذ إصداره. إلا أن إجراءات الإعتراف والتنفيذ تعتبر بالرغم من ذلك كله ضرورية، بما أن المحكم لا يتمتع بأي سلطة جبرية pouvoir coercitif تسمح له بالقيام بنفسه بالتنفيذ الجبري exécution forcée للقرار الذي أصدره.

وفي الواقع، إذا كانت إتفاقية نيويورك تتكلم عن " قرار أصبح إلزاميا" **(965)،** فالغرض منه هو تفادي إزدواجية الإكساء بالصيغة التنفيذية double exéquatur في بلد الإصدار ثم في بلد التنفيذ **(966).**

---

(963) راجع المادة 458 مكرر 17 فقرة 2.

(964) Issad. M : « Le décret législatif algérien du 25 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », in Rev.arb. 1993, n° 3, p. 397.

(965) راجع نص المادة VI من إتفاقية نيويورك.

(966) Delaume. G.R. « L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux », J.D.I, 1984, n° 3, p. 594.

بالنسبة للقانون الجزائري، فإن القاضي المختص بالنظر في التنفيذ هو "رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة إختصاصها أو رئيس محكمة محل التنفيذ، إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية". وعلى هذا الأساس، فتحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم. إذا كان مقر التحكيم في الجزائر، فرئيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة إختصاصها هو المختص.

إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر، فرئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص. وتكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو بهامشه ويتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية **(967).**

ولكن في نظر الأستاذ مبروكين لم يحسم المشرع المسألة المتعلقة بالإختصاص النوعي ratione materiae للمحاكم المختصة للنظر في الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية السابق ذكرها. يرى هذا الأخير أنه بالنسبة للقرارات التي تصدر في خصوص العلاقات التعاقدية بين أطراف خاصة، فالإختصاص يعود طبيعيا إلى المحاكم المختصة على مستوى القضاء العادي. أما القرارات التي تصدر بشأن نزاع يكون أحد أطرافه شخصا معنويا من القانون العام personne morale de droit public، فلا يمكن أن تكون إلا من إختصاص الهيئات القضائية الفاصلة في المادة الإدارية (الغرفة الإدارية للمجلس ومجلس الدولة) حتى وإن كانت المادة 458 مكرر 17 تتكلم حصريا عن "رئيس المحكمة" وليس عن رئيس المجلس. وقد كان من الممكن حسب نفس الفقيه إدراج رئيس المجلس أيضا في نفس النص لأنه في جميع الحالات فرضية طلب ولاية معينة الإعتراف والتنفيذ الجبري للقرار التحكيمي لا يجب إستبعادها. ومن ثمة، فإنه يرى أن "رئيس المحكمة" في حالة إلتماسه من قبل شخص معنوي من القانون العام يتوجب عليه أن يصرح بعدم إختصاصه لصالح الغرفة الإدارية للمجلس.

---

(967) راجع المادة 458 مكرر 20 من قانون الإجراءات المدنية.

إلآ أن إخضاع الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية إلى القضاء العادي له ما يبرره في نهاية المطاف، كون إختصاص المحاكم الوطنية على مستوى القضاء العادي هو من النظام العام. بالإضافة إلى غياب أية إشارة ولو غير مباشرة إلى المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية في تأشيرة المرسوم التشريعي 93-09 من قبل المشرع.

ولكن ومهما يكن من أمر، فإن تنفيذ القرار التحكيمي لا يفتح المجال لنقاش حضوري بين الأطراف في النزاع. فالطرف الذي يربح القضية هو الذي يتوجه للقاضي من دون أن يخطر الطرف الخاسر (968).

من جهة أخرى، تمنح المادة 458 مكرر 22 الإختصاص لمحكمة الإستئناف للنظر في الطعون الموجهة ضد القرار الذي يرفض الإعتراف أو التنفيذ والقرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ بالنسبة لقرارات التحكيمية، سواء تلك الصادرة في الخارج أو ضد القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي.

وهذه المادة هي مستمدة من المادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد. من جانب آخر، إن إجتهاد المشرع في تحديد الجهة القضائية المختصة في النظر في شروط الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية حتى وإن كان هذا الإجتهاد يقع في دائرة تأثير القانون الفرنسي، إلا أنه من جهة أخرى، فهو ينسجم كلية مع نص وروح إتفاقية نيويورك التي تعطي كامل الحرية للتشريعات الوطنية في تنظيم إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية كما تشاء.

أما عن الطعون التي يمكن رفعها ضد القرار الرافض أو المانح الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي فإننا نجد في المقام الأول، الإستئناف الذي أشرنا إليه سلفا، والذي يمكن رفعه ضد " القرار الذي يرفض الإعتراف أو التنفيذ..." أو ضد " القرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ" ولكن في الحالات التي أقرتها المادة 458 مكرر 23 من قانون الإجراءات المدنية. يجب التنبيه إلى ان الإستئناف المنصوص عليه في المادتين 458 مكرر 22 و458 مكرر 23 يتعلق بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج. أما البطلان

---

(968) Bedjaoui M et Mebroukine A, op cit, p. 902.

فيخص القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي. وقد نصت على الطعن بالبطلان المادة 5-1 ج من إتفاقية نيويورك التي تقضي بأن " الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه لا يقع رفضهما بطلب من الطرف المتمسك بهما، إلا إذا أدلى هذا الطرف لدى السلطة المختصة بالبلاد التي وقع فيها طلب الإعتراف بالقرار التحكيمي بما يقيم الدليل على "... أن القرار التحكيمي لم يحن بعد الوقت الذي يصير فيه إجباريا بالنسبة للأطراف، أو أنه قد وقع إبطاله من طرف السلطة المختصة بالبلاد التي صدر فيها القرار التحكيمي أو بمقتضى قانونها". إلا أنه خلافا لإتفاقية نيويورك التي كما رأينا، قد تعرضت للطعن بالبطلان، فإن إتفاقية الرياض العربية لم تتعرض لحالة البطلان التي يمكن أن تمس القرار التحكيمي في البلاد التي صدر فيها القرار وبمقتضى قانونها، بإعتبارها حالة من بين حالات رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه. ولكن، إذا رجعنا إلى المادة 37-ج من نفس الإتفاقية، لوجدنا أنه بإمكان الخصم التمسك ببطلان القرار، إذا أثبت أن هذا القرار قد تأسس على "شرط أو عقد تحكيم باطل". أما على مستوى الإتفاقية المغاربية، فطبقا للمادة 44 منها، يعد عدم نهائية القرار التحكيمي أحد الأسباب التي تستدعي رفض تنفيذه. فالإتفاقية، عندما تنص على أن القرار يجب أن يكون نهائيا، فهذا يعني أن طعنا بالبطلان مرفوع ضد هذا القرار في البلاد التي صدر فيها من شأنه أن يسقط الصفة النهائية عنه ويشكل عقبة ضد إمكانية إكسائه بالصيغة التنفيذية exéquatur في بلد التنفيذ مثل الجزائر، كطرف متعاقد في مواجهة مستثمر مغاربي رعية تابعة لدولة مغاربية أخرى **(969)**. والدليل على ذلك، أن أي إتفاقية تتعلق بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية وعلى رأس هذه الإتفاقيات، إتفاقية نيويورك تصبح غير قابلة للتطبيق، عندما يصبح الغرض من الطلب، ليس القول بأن القرار هو قابل للتنفيذ وإنما طلب بطلان القرار **(970)**.

---

(969) Issad. M : « L'exéquatur dans le droit conventionnel maghrébin », in Rev. Maghrébine de droit, n° 5, 1995, pp. 101-113, spéc, p. 11.
(970) Voir affaire commandement des forces aériennes de la République Islamique de l'Iran, in Rev.arb. 1988, p. 137, note Synvet; J.D.I, 1987, p. 964, note Oppetit.

أما إذا رجعنا تحديدا إلى الجهة القضائية المطلوب منها الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي طبقا للإتفاقية المغاربية فهي "الجهة المختصة بمقتضى قانون البلد الذي يطلب فيه التنفيذ". فإذا كان هذا البلد هو الجزائر مثلا، فإن الجهة المختصة بالنظر في مطلب التنفيذ هو رئيس محكمة محل التنفيذ مثلما أوردنا سلفا. أما إذا أردنا أن نجري مقارنة بين الجهة المختصة في الجزائر ومثيلتها في تونس كبلد مغاربي، فإننا نلاحظ أن المشرع التونسي قد منح هذا الإختصاص إلى رئيس محكمة الإستئناف بتونس وليس إلى رئيس المحكمة الإبتدائية أين يوجد بها مقر المجلس. ويرجع أغلب الفقهاء في تونس أساس منح الإختصاص إلى محكمة الإستئناف هو "الخبرة التي يتمتع بها قضاة هذه الدرجة والتي تؤهلهم للبت في مطالب الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين والتي غالبا ما تكون تهم نزاعات معقدة ذات العلاقة بالتجارة الدولية" (971). إرتأينا من جهتنا لو منح المشرع الجزائري هو أيضا الإختصاص لمجلس قضاء الجزائر وتحديد هذا المجلس دون غيره من المجالس على غرار ما هو مكرس في القانون التونسي المتعلق بالتحكيم لكون المسائل التي تتعلق غالبا بالتحكيم تعتبر من أعقد المسائل. فلا يمكن – حسب رأينا – أن يتصدى لها إلا القضاة الذين يملكون خبرة. بالإضافة إلى أن تعيين مجلس قضاء الجزائر بالذات، نرى أنه يسمح بتفادي الإشكالات التي قد تطرأ بخصوص الإختصاص الإقليمي للمحاكم، خاصة إذا كان المدعى عليه مقيما بالخارج وليس له مقرا بالجزائر.

مع العلم أن هذه المحكمة تصدر الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين بناء على طلب من له مصلحة. ويرفق الطلب بالوثائق المطلوبة للإحتجاج بأحكام المحكمين.

أما من حيث السلطة المخولة للجهة المختصة التي عينتها الإتفاقية المغاربية، فليس لها، وهي المطلوب منها فقط الأمر بالتنفيذ أن تراجع قرارات المحكمين من حيث الموضوع ولا أن تتعرض للوقائع وتفسيرها ولا أن تبحث إن كان القرار الصادر في النزاع قد أصاب في تطبيق القانون بل أن دور هذه الجهة يقتصر بصفة حصرية من

(971) راجع كمال بوجاه، إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإقتصادية، تونس III، السنة الجامعية 1993-1994، ص 192 وما بعدها.

التحقق من إستيفاء هذا القرار لبعض الشروط الخارجية. فقد جاء في المادة 40 التي تحيلنا إليها المادة 44 على أنه "تقتصر الجهة المختصة على التحقق مما إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه مستوفيا لجميع الشروط. وتأتي المادة 44 على ذكر هذه الشروط على سبيل الحصر، فتنص على أنه "لا يجوز رفض الأمر بتنفيذها (قرارات المحكمين) إلا في الحالات التالية". وهي الحالات التي سنتطرق إليها لدى تعرضنا للشروط الموضوعية للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية. وهي شروط ترمي بوجه عام إلى التحقق من سلامة القرار التحكيمي من حيث صدوره في مادة يجوز التحكيم فيها وتأسيسه على شرط أو عقد تحكيم صحيح. كما تتحقق المحكمة كذلك من إحترام أحكام المحكمين لحقوق الدفاع وإلى عدم مخالفتها للنظام العام. وإذا تحققت من توفر هذه الشروط، فإنها تأمر بتنفيذ الحكم.

ولكن هل يجوز للمحكمة أن تأمر بالتنفيذ الجزئي لحكم المحكمين؟ يذهب فقه القضاء الفرنسي إلى أنه يمكن للمحكمة أن تأمر بالتنفيذ الجزئي لحكم المحكمين إذا كانت فروع الحكم قابلة للتجزئة كما تذهب إتفاقية لاهاي لسنة 1966 في مادتها الرابعة عشرة إلى الإعتراف للقضاة بهذه السلطة. وكذلك إتفاقية بروكسيل لسنة 1968 في مادتها الثامنة والأربعين.

وقد تبنت إتفاقية التعاون القانوني والقضائي لدول إتحاد المغرب العربي نفس الإتجاه بالنسبة لتنفيذ أحكام المحاكم وذلك ضمن المادة 40 فقرة أخيرة، حيث تنص على أنه "يجوز أن يشمل الأمر بالتنفيذ جميع فروع الحكم أو بعضها إن كانت قابلة للتجزئة". وبما أن المادة 44 تحيلنا في خصوص الإعتراف بأحكام المحكمين إلى الأحكام المنصوص عليها صلب الباب الثالث المتعلق بتنفيذ أحكام المحاكم، فإنه يمكن القول بأنه يجوز للجهة المختصة أن تأمر بتنفيذ بعض فروع الحكم دون الأخرى. وأساس هذه السلطة المخولة للمحكمة المطلوب منها الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين هو أن هذه الأخيرة يمكن أن تستجيب الشروط الواجب توافرها فيها في بعض فروعها دون الأخرى.

المطلب الثاني: إجراءات الإعتراف والتنفيذ أمام محاكم الدولة المضيفة.

تتميز الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية بإعتبارها محاكم الدولة المضيفة كالجزائر بأنها مبسطة. ونجد هذا التبسيط على مستويين، على مستوى إجراءات الإعتراف والتنفيذ أمام المحكمة الإبتدائية، ثم على مستوى الرقابة التي يمارسها قاضي المحكمة بإعتباره قاضي تنفيذ. يقوم قاضي التنفيذ لدى فحصه لطلب الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بالإستجابة لهذا الطلب إذا رأى أنه مؤسس بدون أن يكون هنالك نقاش حضوري débat contradictoire. إن الطبيعة الغير حضورية للنقاش تجد تبريرها في نهاية الأمر في إرادة المشرع في الإسراع بإجراءات الإعتراف والتنفيذ وتبسيطها إلى حد بعيد. والدليل على ذلك، أن الطرف الذي يربح القضية على مستوى التحكيم هو الذي يتوجه إلى القاضي من دون أن يخطر الطرف الخاسر (972). إن هذا الإجراء ينسجم في الواقع مع المادة 5 فقرة 1 من إتفاقية نيويورك التي تشير إلى طالب الإعتراف دون أن تذكر المطلوب ضده. وهو ما يعني مثلما أسلفنا إنتفاء مبدأ الحضورية أو المواجهة Principe du contradictoire أمام قاضي التنفيذ وهو نفس الإجراء الذي تعمل به معاهدة الرياض وهي تتكلم عن "الجهة التي تطلب الإعتراف" في المادة 37-ب منها. وكذلك الأمر بالنسبة للإتفاقية المغاربية، والدليل على ذلك أنه بالرجوع إلى الباب الثالث المتعلق بتنفيذ الأحكام التي تحيلينا إليه المادة 43 من الإتفاقية، فإننا نلاحظ أن المادة 39 تنص على أنه " يصدر الأمر بتنفيذ الحكم بناء على طلب ممن له مصلحة في التنفيذ وذلك من طرف الجهة المختصة بمقتضى قانون البلد الذي يطلب فيه. إذن، بالنسبة لطالب التنفيذ، يتعلق الأمر بمن له مصلحة في التنفيذ. وهذه المادة تأتي في الحقيقة تطبيقا لقاعدة كلاسيكية مفادها " ألا دعوى بدون مصلحة" « Pas d'intérêt, pas d'action ». أما المقصود هنا بالمصلحة، فهي المصلحة الشخصية طبعا لمن يطلب التنفيذ طبقا لقانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ. وإنسجاما على ما إستقر عليه في الإتفاقيات الأخرى (نيويورك والرياض) فيتعلق الأمر هنا أيضا بإجراء عادي خال من أي صفة للمواجهة. إلا أن

---

(972) Bedjaoui. M et Mebroukine. A : op cit, p. 902.

الإجراء الحضوري حتى وإن إختفى في المرحلة الأولى، فسوف نجده في مرحلة الإستئناف. ذلك أنه على مستوى هذه الدرجة أين نجد منازعة حقيقية. لأن طالب التنفيذ الذي تحصل على قرار من رئيس المحكمة سوف يكون في مواجهة خصم سيتصدى للقرار الصادر عن قاضي التنفيذ. في هذه الحالة، سنشهد تطبيقا للقواعد الإجرائية المتعلقة بالإستئناف وهي القواعد الكلاسيكية المعمول بها طبقا لقانون المرافعات في بلد مضيف مثل الجزائر.

وعلى هذا الأساس، فإن القرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ هو الذي يكون قابلا للإستئناف. بمعنى آخر، أن الإستئناف يكون موجها ضد القرار لا ضد الحكم التحكيمي.

ويكون القرار الذي يرفض أو يسمح بالإعتراف أو التنفيذ، قابلا للإستئناف أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع، ما دام الطلب بالإعتراف أو التنفيذ يرفع أمام رئيس المحكمة. والمهلة هي شهر إبتداء من تبليغ قرار القاضي.

مع العلم أن الإستئناف الوارد في المادتين 458 مكرر 22 و458 مكرر 23 يخص القرارات التحكيمية الصادرة بالخارج، لأن الطعن بالبطلان يخص القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي.

يجب التنبيه إلى أن قرار رفض الإعتراف أو التنفيذ المرفوع أمام محكمة الإستئناف ينظر فيه حضوريا ولكن في حدود سلطة الرقابة المخولة لمجلس القضاء دون مراجعة القرار التحكيمي في الموضوع بنفس الطريقة التي جاء بها المشرع الفرنسي في المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (973).

وبذا، يتأكد لنا مرة أخرى تأثر القانون الدولي الجزائري في هذا الجانب بالقانون الفرنسي. وإن كان القانونان لم يقوما – حسب رأينا – سوى الإستجابة لروح إتفاقية نيويورك الدولية التي تؤكد على أن الرقابة لا بد وأن تكون شكلية لما نصت على عدم

---

(973) Fouchard. Ph, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », in JDI 1982, p 413.

جواز، قيام الدولة وبشكل ظاهر فرض شروط أكثر صعوبة ولا مصاريف قضائية أكثر من تلك التي تفرض على الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية (974).

على صعيد آخر، ما يميز إجراءات الإعتراف والتنفيذ أمام المحاكم الجزائرية بصفتها محاكم لدولة مضيفة للإستثمار، هو تبسيط المشرع للرقابة التي يمارسها قاضي التنفيذ على القرار. وهذه المرة، نجدها أيضا في إنسجام تام مع أحكام إتفاقية نيويورك الدولية ومع الإتفاقيات الأخرى، العربية والمغاربية. بادئ ذي بدأ، يجب أن نذكر أنه طبقا لإتفاقية نيويورك، يمكن رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بناء على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 5 من الإتفاقية المذكورة. والغاية من التنصيص على قائمة من الأسباب التي يمكن أن يتمسك بها الطرف الذي له مصلحة في طلب رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، هو إيجاد حلقة وصل بين وجوب أن تكون هنالك رقابة تمارس من طرف القاضي الوطني على القرار ووضع حدود للسلطات الواسعة التي عادة ما يتمتع بها هذا القاضي بحكم أنه يملك السلطة التقديرية في رقابته على هذا القرار وهو الذي يخضع إلى التشريع الوطني للدولة المضيفة لا غير (975) إلا أنه خلافا لإتفاقية نيويورك، لم يأخذ المشرع من الأسباب المؤدية إلى رفض الإعتراف إلا بتلك المتعلقة بشرطي إثبات وجود القرار التحكيمي وعدم مخالفته للنظام العام الدولي. وتبعا لذلك، فإن رقابة قاضي التنفيذ على القرار لن تكون طبقا لشروط المادة 5 من إتفاقية نيويورك التي تنص على أسباب ينتمسك بها المدعى عليه وأخرى يثيرها القاضي تلقائيا، بل طبقا لشروط المادة 458 مكرر 17 من المرسوم التشريعي 09/93 الذي لم يقم سوى بإعادة صياغة محتوى المادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (976).

لإلا أن القرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ لا يشترط أن يكون مسببا. يكتفي القاضي هنا بوضع الصيغة التنفيذية على أصل القرار التحكيمي. وعمليا، يتعلق الأمر بوضع خاتمة بذيل القرار مع التأريخ والإمضاء.

(974) راجع فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1997 ص، 44

(975) De Boisséson. M : Le droit français de l'arbitrage, éd Joly. Paris, 1990, p. 450.

(976) Issad. M : « Le décret législatif algérien du 25 Avril 1993 », op cit, p. 398.

أما القرار الذي يجب أن يكون مسببا هو القرار الذي يرفض الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي. مع الإشارة إلى أن تنفيذ القرار الممهور بالصيغة التنفيذية والذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ لا يمكن أن ينفذ بدون أن يكون قد بلغ على الوجه الصحيح ويكون قد مر على هذا التبليغ شهر كامل حتى يسمح للطرف الخصم من إستئنافه أمام محكمة الدرجة الثانية أين يفتح المجال أمامها لنقاش حضوري.

ولكن، ماذا عن الإتفاقيتين العربية والمغاربية في خصوص أسباب رفض القرار. هل هي بعيدة عن إتفاقية نيويورك أم هي قريبة من الحل الذي قدمه المشرع الوطني، أم أنهما قد أخذتا حلا وسطا، وإن كان كذلك، فما هو هذا الحل؟ بالرجوع إلى المادة 37 من إتفاقية الرياض، نجد أن هذه المادة قد أحصت الحالات التي يجوز فيها رفض التنفيذ من قبل الهيئة القضائية المختصة منها.

أولا: إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم. إذن لا يكفي أن يكون موضوع النزاع قابلا للتسوية عن طريق التحكيم في بلد مقر التحكيم بل وأيضا أن يكون موضوع النزاع قابلا للتحكيم في البلد المطلوب فيه التنفيذ.

ثانيا: إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا. إن هذا الشرط يسمح للقاضي من التحقق من صحة الشرط التحكيمي. ولكن بدون تحديد طبقا لأي قانون. هل سيقوم بذلك طبقا لقانون البلد أين صدر القرار التحكيمي فيه، أم طبقا لقانون البلد المطلوب فيه تنفيذ القرار؟ يلاحظ الأستاذ الأهدب أنه بخصوص هذه النقطة بالذات، فإن الإتفاقية تحمل ثغرة بالغة الخطورة (977).

ثالثا: إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا للشرط التحكيمي أو للإتفاق على التحكيم أو طبقا للقانون الذي على أساس صرح بالقرار. يستمد المحكمون سلطاتهم من إرادة الأطراف المعبر عنها في الإتفاق التحكيمي أو في الشرط التحكيمي أو من قانون التحكيم لمقر صدور القرار. وعليه، فقاضي التنفيذ يصبح مؤهلا للتأكد ما إذا كان المحكمون لم يتجاوزوا السلطات المخولة لهم بمقتضى هذه المصادر.

---

(977) El Ahdab. A : L'arbitrage dans les pays arabes, Paris, Economica, 1988, p. 211.

رابعا: إذا لم يستدعوا الأطراف بصفة صحيحة. إن الإتفاقية من خلال هذا السبب تكرس مبدأي المواجهة وإحترام حقوق الدفاع.

خامسا: إذا لم يكن في القرار التحكيمي ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

من جهة أخرى، إن المادة 30 فقرة أ من إتفاقية الرياض التي تحيلنا إليها المادة 37 تسمح لقاضي التنفيذ برفض إكساء الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية وكذلك القرار التحكيمي بناء على أسباب أخرى: إذا كان الحكم أو القرار مخالفين للدستور، أو إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الإعتراف به، محلا لحكم صادر في الموضوع بين الأطراف أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا وحائزا لقوة الأمر المقضي فيه أو إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الإعتراف به، محلا لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم الطرف المتعاقد بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا. وكانت الدعوى قد رفعت إلى محاكم هذا الطرف الأخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم المثار. وعلى الجهة القضائية التي تنظر في طلب التنفيذ طبقا لنص هذه المادة أن تراعي القواعد القانونية لبلادها.

أما عن إجراءات الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم طبقا لإتفاقية الرياض العربية، فهي تجري بنفس الكيفية التي تنفذ بها أحكام القضاء مع مراعاة القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب على إقليمه التنفيذ. وهذا يعني أن إتفاقية الرياض تشبه أحكام التحكيم يالأحكام الأجنبية باعتبارها أحكاما صادرة عن هيئات قضائية أجنبية باسم "سيادة أجنبية" إلا أنه من النتائج المترتبة عن هذا التشبيه هو أنه غالبا ما يشترط في بعض البلدان لتنفيذ حكم أجنبي تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل. أما في بعض البلدان الأخرى، فهذا الشرط هو غير موجود أصلا. يرى الفقيه René David أن مثل هذا التشبيه له عيوبه. ومن بين هذه العيوب هو أن البلدان التي تقر بهذا التشبيه تشترط أن يكون القرار التحكيمي قد أصبح بعد قابلا للتنفيذ Exécutoire. يعني، أن يكون قد منحت له القوة التنفيذية في بلد الصدور قبل أن يصرح بقابليته للتنفيذ في بلد التنفيذ. كما أنه يرى أن لهذه الطريقة ميزة وهي التأكد من حيازة القرار التحكيمي لدى صدوره في الدولة الأصل على القوة التنفيذية

اللصيقة به قبل أن يخضع لرقابة بعدية تمارسها محاكم دولة التنفيذ وهي التي توجد في موقع يؤهلها – مثلما قال – بأن تقوم بذلك. إلا أنه وبشهادة العديد من الفقهاء الآخرين، فإن هذا الإجراء من شأنه أن يعرض الأطراف إلى القيام بشكليات لا طائل منها ومكلفة. ولهذا الغرض، فإن التنصيص من قبل الإتفاقيات المتعددة الأطراف وعلى رأسها إتفاقية نيويورك على عدم وضع شروط متشددة للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية تصب في هذا الإتجاه.

عربيا، ينتقد أحد الفقهاء العرب بعض التشريعات العربية مثل التشريع المصري الذي يضع قواعد واحدة لكل من الأحكام القضائية الأجنبية وأحكام التحكيم الأجنبية على غرار إتفاقية الرياض العربية. ويرى هذا الفقيه أن المشرع المصري بتصوره هذا، يكون بذلك قد شبه أحكام التحكيم الأجنبية بأحكام القضاء الأجنبي، بينما في الواقع، لا يمكن تشبيه هذه بتلك، نظرا للفوارق الموجودة بينها. وعلى رأس هذه الفوارق الطبيعة الخاصة التي يتمتع بها حكم التحكيم من حيث أنه يختلط فيه الطابع الإتفاقي الذي يستمد من إتفاق الأطراف على التحكيم، مع الطابع القضائي (978) الذي ينبع من صدور حكم تحكيم يلزم الأطراف بإعتباره حلا لنزاعهم.

إلا أنه بقطع النظر عن هذا التشبيه الذي أوردنا الآراء والمبررات بشأنه، فإن الأسباب التي تقوم عليها إجراءات رفض إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية تختلف من إتفاقية إلى أخرى.

بالنسبة للإتفاقية المغاربية، فإنها تشير خلافا لإتفاقية الرياض إلى خمس حالات فقط، والتي يمكن أن يتأسس عليها طلب رفض إكساء القرار بالصيغة التنفيذية. وهي عدم جواز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم أو لوجود إتفاقية تحكيم باطلة أو غير نهائية، أو إذا كان المحكمون غير مختصين أو في حالة إستدعاء غير صحيح للخصوم. وأخيرا، إذا كان القرار التحكيمي مخالفا لنظام عام الطرف المطلوب.

---

(978) أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986 ص 324. وفي الطابعين التعاقدي والقضائي للتحكيم أنظر خاصة.

Kassis. A, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, Tome I, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.J, 1987.

عموما، تقترب الإتفاقية المغاربية من إتفاقية الرياض في خصوص شروط رفض تنفيذ القرار التحكيمي، ولكن تختلف معها في التفاصيل، سواء من حيث الزيادة في بعض الشروط أو نقصانها. فمثلا، إذا كانت الإشارة من طرف إتفاقية الرياض إلى النظام العام وإلى الآداب لدى الطرف المتعاقد لا تثير أية ملاحظة تذكر. مع العلم، أنها قد أضافت إلى مصطلح النظام العام الآداب العامة لدى الطرف المتعاقد، فإن الإضافة المميزة التي جاءت بها إتفاقية الرياض مقارنة بالإتفاقيات الأخرى، وهي تنصيصها على وجوب عدم مخالفة القرار التحكيمي لأحكام الشريعة الإسلامية التي لم تكن موجودة في ظل إتفاقية الجامعة العربية لسنة 1952 (979). فمثلا في المعاملات البنكية، فإذا كانت الفائدة على القرض هي جائزة قانونا في بعض البلدان العربية مثل الجزائر تحديدا. فإن قرارا تحكيميا يسمح بذلك لا يمكن قبوله، لأن القرار التحكيمي الذي يمنح تلك الفائدة هو مخالف لأحكام الشريعة طبقا للمادة 37 التي تعطي المحكمين سلطة رفض تنفيذ مثل هذا القرار بناء على المادة المذكورة. إلا أن ما يميز الإتفاقية المغاربية عكس إتفاقية الرياض هي كونها ركزت فقط على النظام العام بمفهوم النظام العام للطرف المطلوب. بمعنى آخر، المقصود هنا، هو النظام العام الداخلي لكل دولة. بينما الأنسب لو إستعملت الإتفاقية النظام العام الدولي ولما لا النظام العام المغاربي، بما أن النظام العام يقصد به القواسم المشتركة في إطار المجتمع الواحد أو عدة مجتمعات. وبما أن الهدف واحد، وهو تحقيق التكامل الإقتصادي بين دول إتحاد المغرب العربي بقطع النظر عما هو ثابت وهو الدين الإسلامي وأحكام الشريعة المنبثقة عنه.

من جهة أخرى، تؤكد الإتفاقية المغاربية على وجوب أن يكون القرار التحكيمي نهائيا. وهي لا تختلف في ذلك مع المادة 37 ج من إتفاقية الرياض ولكنها تتعارض وإتفاقية نيويورك التي لا تتكلم عن الصفة النهائية للقرار ولكن عن إلزاميته فقط. وفي خصوص هذه النقطة بالذات، تجدر الإشارة إلى أن واضعي إتفاقية نيويورك لم يرغبوا في إستعمال عبارة "أن يكون الحكم نهائيا" مثلما هو وارد في الإتفاقيتين السابقتين، لأن

(979) El Ahdab. A : op cit, p. 852.

نهائية الحكم تتطلب صدور أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في البلد الذي صدر فيه. وإذا طلب الإعتراف بالحكم أو تنفيذه في بلد آخر يتعين أن يصدر أمر ثان بتنفيذه. وهذا الإزدواج في الأمر بالتنفيذ هو ما قصد واضعوا الإتفاقية تجنبه.

ويرى بعض الشراح أن المقصود بإلزامية حكم التحكيم هو كونه قد أصبح "قطعيا". أما العكس، فهي الوضعية التي يكون فيها حكم التحكيم قد أبطل أو أوقف من طرف سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه هذا الحكم أو في البلد الذي صدر الحكم بمقتضى قانونه. وهو ما جاء في نص المادة السادسة من الإتفاقية الذي يقضي بأنه "للسلطة المختصة المطروح أمامها الحكم إذا رأت مبررا، أن توقف الفصل في طلب تنفيذه، إذا كان قد طلب إلغاء الحكم أو وقفه أمام السلطة المختصة المنصوص عليها في البند (هـ) من المادة الخامسة. ولها أيضا، بناء على إلتماس من الطرف الذي يطلب تنفيذ الحكم أن تأمر الطرف الآخر بتقديم تأمينات مناسبة".

أما عن الصفة النهائية للقرار طبقا للمادة 44 من الإتفاقية المغاربية، يعتبر الأستاذ إسعد "أن وجود طعن في بلد صدور القرار التحكيمي من شأنه أن يشكل عائقا لإكسائه بالصيغة التنفيذية في بلد التنفيذ" (980). ولكن، هل يمكن أن نجد نفس حالات رفض تنفيذ القرار التحكيمي في القانون الجزائري للتحكيم، وهل من الممكن أن نجد تقاربا بين هذا القانون والإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية أم جهوية، من حيث جواز إخضاع موضوع النزاع إلى التحكيم أو من حيث عدم مخالفة القرار للنظام العام أو وجوب نهايته في بلد الصدور؟

سوف نقف هنا عند ثلاث حالات للرفض أين يختلف فيها المرسوم التشريعي 09/93 عن بقية الإتفاقيات المتعددة الأطراف الأخرى. وهي جواز إخضاع النزاع إلى التحكيم، فوجوب عدم مخالفة القرار للنظام العام وكذلك الصفة النهائية للقرار.

أولا، بالنسبة للعنصر الأول، يجب القول أن المواد من 458 وما يليها لا تتعرض إطلاقا إلى مسألة جوازية إخضاع النزاع إلى التحكيم. إن القانون الجزائري للتحكيم لا

---

(980) Issad. M : « L’exéquatur dans le droit conventionnel », op cit, p. 111.

يجعل من عدم جوازية إخضاع النزاع إلى التحكيم سببا لطلب إستئناف الأمر الذي يسمح بالإعتراف والتنفيذ ولا سببا في إستئناف الأمر الذي أبطل القرار التحكيمي الصادر في الجزائر.

أما عن المسألة المتعلقة بالنظام العام، فلم يكرس مرسوم 09/93 ذات المفهوم، بل تعداه ليأخذ في عين الإعتبار النظام العام في مفهومه الدولي (981) وسوف نرجع إلى هذا الموضوع بالتفصيل في سياق حديثنا عن الشروط الموضوعية للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية.

أما عن الصفة النهائية المفترض أن تكون لصيقة بالقرار التحكيمي منذ صدوره، لم يتعرض المرسوم إلى هذه الصفة مطلقا متأثرا بذلك بالمشرع الفرنسي الذي يعتبر أن أي قرار تحكيمي هو حائز على حجية الشيء المقضي فيه منذ صدوره، بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه حتى وإن وقع إبطاله من طرف السلطة المختصة بالبلاد التي صدر فيها (982). بينما القانون التونسي للتحكيم على وجه المقارنة، فهو يرفض إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية، إذا كان محل إبطال أو وقع توقيف تنفيذه (983). بينما التوجه العام، هو نحو إكساء القرار بالصيغة التنفيذية حتى وإن وقع إبطاله في البلاد التي صدر فيها، لأن القرار حسب الأستاذ إسعد " هو قرار دولي ما دام لم يقع إدماجه Intégré في النظام القانوني لبلد الصدور" (984).

بقي لنا أن نسأل، إلى أي مدى يمكن أن تمتد سلطة قاضي التنفيذ وهو يفحص القرار التحكيمي في ضوء الإتفاقيات المتعددة الأطراف ثم في القانون الجزائري للتحكيم؟ تجمع الإتفاقيات المتعددة الأطراف على وضع حدود للجهة المطلوب منها الأمر بالتنفيذ، منها على وجه الخصوص عدم مراجعة أحكام المحكمين من حيث الموضوع، وعدم التعرض للوقائع وتفسيرها ولا أن تبحث إن كان المحكم قد أصاب في تطبيق القانون، بل

(981) راجع المادة 458 مكرر 23 من المرسوم.
(982) راجع المادة 458 مكرر 23 المرجع السابق.
(983) أنظر، أحمد الورفلي: " خصوصيات التحكيم في مجال الإستثمار"، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 01، السنة 2001، ص. 57-94، خاصة ص، 87.
(984) Issad. M : « L'exequatur dans le droit conventionnel … », op cit, p. 11.

يقتصر عمل هذه الجهة على إجراء رقابة شكلية تتحقق من خلالها من إستيفاء القرار لبعض الشروط الخارجية فقط. وهو ما يستشف من خلال المادة الثالثة من الإتفاقية الدولية عندما أقرت من جهة بسلطة الدولة المتعاقدة في أن تأذن بتنفيذ القرار التحكيمي بما تمليه قوانينها. ولكن من جهة أخرى، فقد وضعت إتفاقية نيويورك حدودا لهذه السلطة، لما نصت على أن الرقابة التي تمارسها الجهة المختصة يجب أن تتم حسب الشروط المقررة في الإتفاقية، وهي الشروط المتعلقة بالوثائق المطلوبة التي أشرنا إليها سلفا، وفقا للشروط المتعلقة بحالات رفض الإعتراف بالقرار وبتنفيذه، عندما تقرر الجهة المختصة عدم منح هذا الإعتراف وذاك التنفيذ (985).

وليس بعيدا عن إتفاقية نيويورك الدولية، فقد تعرضت إلى ذلك أيضا المادة 32 فقرة 1 من إتفاقية الرياض العربية التي تنص على أنه " تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم وتنفيذه، على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الإتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع. وتقوم هذه الهيئة بذلك من تلقاء نفسها وتثبت النتيجة في قرارها". وقد تبنت إتفاقية التعاون القانوني والقضائي لدول إتحاد المغرب العربي هذا الإتجاه، عندما نصت المادة 40 التي تحيلنا إليها المادة 44 على أنه " تقتصر الجهة المختصة على التحقق مما إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه مستوفيا لجميع الشروط". وتأتي المادة 44 على ذكر هذه الشروط على سبيل الحصر فتنص على أنه " لا يجوز رفض الأمر بتنفيذها (أحكام المحكمين) إلا في الحالات التالية..." ثم تأتي على ذكر الشروط الخمس. وهي شروط تهدف بوجه عام، إلى التحقق من سلامة حكم المحكمين من حيث صدوره في مادة يجوز التحكيم فيها، وإنبنائه على شرط أو عقد صحيح، وقضائه طبق القانون الذي وافق عليه الأطراف. كما تتحقق المحكمة كذلك من إحترام أحكام المحكمين لحقوق الدفاع وإلى عدم مخالفتها للنظام العام. وإذا تحققت من توفر هذه الشروط، جاز لها أن تأمر بتنفيذ القرار التحكيمي. ومن الآثار المباشر للأمر بالتنفيذ Ordonnance d’exéquatur هو منح القرار الصاد رالصيغة التنفيذية formule exécutoire طبقا للقواعد المعمول بها في

(985) راجع المواد 4 و5 و6 من إتفاقية نيويورك. المرجع السابق.

دولة القاضي. كما أن الأمر بالتنفيذ يفتح الطريق أمام التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي طبقا للقانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار.

تتفق الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية مثل إتفاقية نيويورك لسنة 1958 أو الإتفاقيات الجهوية الأخرى، عربية أو مغاربية على أن تنفيذ القرارات التحكيمية تخضع لرقابة المحكمة المختصة للدولة المضيفة التي تمنحها الصفة التنفيذية حتى وإن كان المعترف به هو أن القرار التحكيمي يبقى حائزا على قوة الشيء المقضي فيه منذ صدوره في الدولة الأصل.

أما وقد منح قرار المحكمين الأمر بتنفيذه من قبل قاضي التنفيذ في دولة التنفيذ مثل الجزائر، فإنه ينزل منزلة الحكم الوطني. ومن ثمة، فهو يحرز نفس القوة التنفيذية التي تحرزها الأحكام الصادرة عن نفس المحكمة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ. فإذا كانت أحكام هذه المحكمة لا يمكن تذييلها بالصيغة التنفيذية إلا بعد إنقضاء آجال الطعن فيها، فإنه لا يقع تذييل الحكم القاضي بالأمر بتنفيذ حكم المحكمين إلا بعد إنقضاء هذه الآجال. وإذا كانت أحكام هذه المحكمة لا تقبل الطعن بأي وجه من الوجوه كان للحكم الذي أمر بتنفيذ حكم المحكمين الذي وقع تذييله بالصيغة التنفيذية الحجز على أملاك المحكوم عليه، كما يمكن طلب إجراء حجز تنفيذي على مكاسبه لإستيفاء قيمة الدين من محصول البيع.

كما يترتب على هذا الحكم كافة الضمانات التي يرتبها قانون الدولة الطرف المطلوب لديها التنفيذ حتى ولو كان هذا الحكم قد صدر مجردا عن أي تأمين وذلك عملا بمبدإ خضوع الإجراءات إلى قانون القاضي وكذلك لأن قانون القاضي هو قانون موقع المال.

كما يعتبر قرار المحكمين وثيقة رسمية شأنه شأن الأحكام التي تصدر في القضاء العادي. فيثبت كل بيانات الحكم، سواء تلك التي أثبتها المحكم في حكمه وجرت وقائعها أمامه أو تلك المتعلقة بإقرارات الخصوم أو إتفاقاتهم ما دامت قد تثبت في الحكم أو تلك المتعلقة بسير إجراءات الدعوى "والتاريخ الذي يثبته المحكم يعتد به ويعد حجة للخصم وحجة عليه. فلا يملك إنكاره إلا بالإدعاء بتزوير الحكم" (986).

(986) أنظر أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية 1984، ص 295.

أما إذا أردنا أن نمعن في المادة 42 من الإتفاقية المغاربية لقلنا أن آثار الأمر بالتنفيذ تسري حسب أحكام هذه المادة على "... جميع الأشخاص المشمولين به المقيمين بالبلد الصادر فيه الأمر بالتنفيذ". ولذا، فإن آثار الأمر هذا لا يمكن أن تكون إلا إقليمية، لا يؤتمر بها سوى المأمورون العموميون لتلك الدولة والسلطة العمومية فيها. ولا تسري آثاره إلا على المقيمين بها. ولذا، فإنه في صورة صدور حكم محكمين يهم أشخاصا مقيمين في أكثر من دولة طرف، يجب أن يقع تقديم طلب الأمر بالتنفيذ أمام محاكم كل دولة طرف يراد تنفيذ الحكم على إقليمها.

إلا أن الأمر بتنفيذ حكم المحكمين لدى دولة طرف لا يلزم محاكم دولة طرف أخرى، فيمكنها أن ترفض الأمر بتنفيذه وذلك لعدم إحترامه أحد أو بعض الشروط الواردة صلب المادة 44 كأن يكون مخالفا للنظام العام أو إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه تنفيذ حكم المحكمين لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم. وهي حدود وضعتها المادة 44 السالفة الذكر على المحكمة المختصة والتي لا يمكن تجاوزها تحت أي ظرف كان وهي تفحص القرار التحكيمي. ولكن، ونحن نتكلم عن حدود سلطة الجهة المختصة، أي الجهة المطلوب منها الأمر بالتنفيذ، فهل يمكن أن نجد أثرا لهذه الحدود في القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم؟ إن الحدود التي وضعها المشرع لقاضي التنفيذ في الجزائر ضيقة جدا، بحيث أن رقابته على القرار التحكيمي لن تتعدى حدود التأكد من وجود القرار وإن كان غير مخالف للنظام العام الدولي (987). وبذلك، فإننا نرى أنه إبتعد عن إتفاقية نيويورك التي تعطى مجالا أوسع للرقابة (988). ولكن، ما معنى أن يتقيد المشرع بشرطي وجود القرار وعدم مخالفته للنظام العام الدولي؟ إن التقيد بهذين الشرطين يعني شيئا و حيدا، و هو أن الرقابة التي يمارسها القاضي على القرار التحكيمي هي رقابة شكلية، وأن هذه الرقابة تجد حدودا لها في المجال المخصص لها ولا يمكن أن تتعداه إلى مراجعة القرار من حيث الموضوع. كما أن الغرض من وضع هذين الشرطين هو تبسيط إجراءات الرقابة على القرار إلى أبعد حدود.

(987) راجع المادة 458 مكرر 17، المرجع السابق.

(988) راجع المادة 5 من إتفاقية نيويورك.

إن وضع حدود لسلطة الهيئة القضائية المختصة تبدو منطقية، إذا نظرنا إلى إجراءات طلب التنفيذ التي هي مبسطة وخالية من مبدأ المواجهة. وقد بدأ المشرع على هذا الصعيد، متأثرا بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (989). ولكن هذا لا يعني إطلاقا أن القانون الجزائري للتحكيم هو بعيد كل البعد عن إتفاقية نيويورك الدولية أو عن الإتفاقيتين العربية والمغاربية، لأنه في جميع الحالات، مهما كان مجال تدخل قاضي التنفيذ واسعا في الإتفاقيات المتعددة الأطراف وضيقا في القانون الوطني، إلا أنه لا أحد ينكر خلافا للرأي القائل بأن محرري المرسوم 09/93 لم يأخذوا بعين الإعتبار إتفاقية نيويورك (990) أن الشرطين اللذين رسمهما المشرع كحدود لسلطة قاضي التنفيذ هي أصلا مستمدة من إتفاقية نيويورك حتى وإن كانت الصياغة هي الصياغة الفرنسية المعتمدة. ولكن إتفاقية نيويورك هي موجودة أصلا في المرسوم التشريعي نصا وروحا (991).

بعد إستعراضنا للشروط الشكلية لإجراءات الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في الدولة المضيفة، يجب أن نعترف إن إجراءات أخرى مماثلة يمكن مباشرتها أيضا في الدولة الأصل L'Etat d'origine لصدور القرار. وعليه، ففي هذه المرحلة من تحليلنا للشروط الشكلية، يصبح لزاما علينا أن ندرس هذا الترابط الذي يمكن أن يوجد بين هذه الإجراءات والإجراءات الأخرى التي إعتاد طالب التنفيذ مباشرتها في دولة التنفيذ.

الفصل الثاني: الترابط بين إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في الدولة المطلوب فيها التنفيذ وفي الدولة الأصل.

إن الترابط بين إجراءات الإعتراف والتنفيذ التي يقع مباشرتها في البلد المطلوب فيه الإعتراف والتنفيذ والإجراءات التي بالإمكان أن تأخذ مجراها في البلاد أين يوجد بها مقر التحكيم أو تلك التي تجري بها الإجراءات طبقا لقانون بلد صدور القرار ونقصد به هنا، الدولة الأصل تطرح إشكالية العلاقة العضوية التي من المفترض أن تكون بين الإجراءات المقامة في البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي والإجراءات التي على طالب

---

(989) راجع المادة 1498 مقارنة بالمادة 458 مكرر 17 للتأكد من التشابه الموجود بين القانونين.

(990) Issad. M : « Le décret législatif algérien.. », op cit, p. 399.

(991) للتأكد من ذلك، راجع المادة 5-2 (أ) و (ب) من إتفاقية نيويورك الدولية.

التنفيذ أن يقوم بها في الدولة المطلوب فيها التنفيذ، مثلما سنلاحظه فيما بعد على ضوء الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي هي موضوع بحثنا.

مبدئيا، إن طالب الإكساء بالصيغة التنفيذية L'exequatur ليس ضروريا أن يرفع دعوى في الدولة التي صدر فيها القرار حتى يستفيد من إتفاقية نيويورك. بينما المدعى عليه في دعوى الإكساء بالصيغة التنفيذية للقرار الذي صدر في الدولة الأصل، يمكن له أن يتمسك أمام القاضي في الدولة المطلوب فيها التنفيذ بالآثار التي من الممكن أن تترتب عن الحكم الأول الصادر في الدولة الأصل. ولكن المشكلة تظل قائمة، فيما إذا تخلى المدعي في الإكساء بالصيغة التنفيذية عن أن يقوم بالإجراءات في الدولة أين صدر فيها القرار. فهل هذا جائز؟ بمعنى آخر، هل يمكن له أن يباشر إجراءات إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية في الدولة المطلوب فيها التنفيذ فقط، دون المرور بالإجراءات في الدولة الأصل لصدور القرار؟ ومن ثمة، يمكن إعتبار الإجراءات في دولة صدور القرار التحكيمي هي مجرد إجراءات جوازية وليست إجبارية (المبحث الأول). أما إذا أقرينا بوجوب أن تكون هنالك إجراءات سابقة في الدولة الأصل لصدور القرار التحكيمي. فما إنعكاسات ذلك على الإجراءات التي يمكن أن يباشرها المدعي في الدولة المطلوب فيها الإعتراف أو التنفيذ للمطالبة بإكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الصفة الجوازية أو الإلزامية للإجراءات المقامة في الدولة الأصل.

تختلف الإتفاقيات المتعددة الأطراف فيما إذا كان القرار التحكيمي الصادر في الدولة الأصل Dans l'Etat d'origine يجب أن يكون نهائيا أو ملزما obligatoire ou définitif حتى يتمكن من يتمسك بهذا القرار من أن يطلب إكسائه بالصيغة التنفيذية في الدولة الأصل. والسؤال طرح خاصة فيما يتعلق باتفاقية نيويورك الدولية. ونحن نرى من جهتنا أن نفس السؤال يمكن أن ينظر إليه فيما يتعلق بالإتفاقيات العربية (المطلب الأول). ولكن حتى يأخذ بحثنا في خصوص هذه النقطة بالذات جانبا عمليا، فلا بد لنا أن نلقي الضوء على موقف الإجتهاد القضائي من هذه المسألة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصفة النهائية أو الملزمة للقرار التحكيمي في الدولة الأصل.

تعتبر إتفاقية نيويورك أن طالب الإعتراف أو التنفيذ ليس ملزما برفع طلبه لدى المحكمة المختصة للدولة الأصل، دولة مكان صدور القرار. وتبعا لذلك، يحق له فقط بعد حصوله على قرار تحكيمي أن يطلب إكساء هذا القرار بالصيغة التنفيذية لدى القاضي الوطني في الدولة المطلوب فيها تنفيذه (992). وهنا، موطن الخلاف في الواقع بين هذه الإتفاقية وإتفاقية جنيف لسنة 1927 والتي تربط إكساء القرار بالصيغة التنفيذية بضرورة "إثبات أن القرار صار نهائيا في البلد الذي صدر فيه" (993). وللتأكيد على الصفة النهائية لهذا القرار، تؤكد الإتفاقية على أن القرار لن يكون نهائيا " إذا كان قابلا للمعارضة وللإستئناف أو للطعن بالنقض (في البلدان الموجود فيها تلك الطعون)، أو ثبت أن إجراء يهدف إلى الطعن في صحة القرار هو جار ضده". معنى هذا، أن على من يتمسك بالقرار التحكيمي أن يقدم أولا في الدولة التي صدر فيها القرار طلبا في إكساء هذا القرار بالصيغة التنفيذية حتى يثبت بذلك الصفة النهائية له. ثم، أن يطلب في مرحلة لاحقة من قاضي التنفيذ في الدولة المطلوب فيها التنفيذ إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية.

مرة أخرى، فنحن إذن أمام إكساء تنفيذي مزدوج double exequatur وهذا الإجراء من شأنه أن يثقل كاهل طالب الإعتراف أو التنفيذ. لهذا الغرض، جاءت المادة 5 فقرة 1 (ج) من إتفاقية نيويورك لتستبدل عبارة " قرار نهائي" التي جاءت بها إتفاقية جنيف " بقرار ملزم". وفي نظر العديد من الفقهاء، يجب أن يفهم من الصفة الملزمة للقرار التحكيمي، أنه سوف لن ينتج عنه قرار جديد يتعلق بالموضوع (994) ولكن، من جهة أخرى، لا يمكن تقدير ذلك إلا من خلال القانون الواجب التطبيق على القرار في بلده الأصلي وعندما يكون قابلا للتنفيذ في نفس البلد (995). ويكون القرار غير ملزم إذا كان محل طعن عن طريق الإبطال أو التوقيف في الدولة الأصل. والإبطال هنا، لا يعني فقط رفض إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية من طرف الهيئة القضائية المختصة في بلد الصدور،

---

(992) راجع المادة 5 من إتفاقية نيويورك.

(993) راجع المادة 1 فقرة 2 (د) من إتفاقية جنيف.

(994) De Boisseson. M : op cit, p. 346

(995) Ibid, p. 342.

بل وأيضا نزع أي أثر ملزم له إزاء الأطراف. وهذا يعني بدون شك، إرجاع الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل صدور القرار التحكيمي. ولكن بشرط، أن يكون قرار الإبطال la décision d'annulation نهائيا في الدولة الأصل. ويكون القرار التحكيمي غير ملزم أيضا إذا كان محل توقيف faisant l'objet d'une suspension يؤدي إلى رفض إكساء القرار بالصيغة التنفيذية. ولكن ليس بنفس الطريقة المرتبطة بطلب الإبطال الذي يمكن أن يؤدي فقط إلى توقيف التنفيذ من طرف الهيئة القضائية التي أودع طلب الإبطال لديها (996). في هذه الحالة، سوف لن يؤدي التوقيف إلى رفض الإكساء بالصيغة التنفيذية في البلد الذي تمسك فيه الطالب بالقرار، ولكن إلى إرجاء الفصل في طلب الإعتراف أو التنفيذ تطبيقا للمادة 5 من إتفاقية نيويورك. يبقى ان هذا التحليل هو مجرد تحليل نظري، لأنه وبشهادة الأستاذ De Boisséson لم يعرف فقه القضاء الدولي إلى حد الآن أمثلة تطبيقية لهذه المادة.

ولكن ما معنى أن يكون القرار التحكيمي نهائيا في الدولة الأصل حتى يكسى بالصيغة التنفيذية sera exequatur، وهل أن هذا الشرط ينسحب أيضا على الإتفاقيتين، العربية والمغاربية، وهل يمكن أن نجد إمتدادا له في المرسوم التشريعي 09/93 المتعلق بالتحكيم الدولي في الجزائر؟

على المستوى الدولي، إذا رجعنا إلى إتفاقية نيويورك، لوجدنا أنها تتكلم عن وجوب أن يكون القرار التحكيمي " ملزما" "Obligatoire" ولم تستعمل قط مصطلح " نهائي" Définitif (997). ويعني مصطلح "ملزما" اللصيق بالقرار التحكيمي هو أن موضوع النزاع لا يمكن أن يبحث من جديد ولا يصدر بشأنه قرار جديد. وهذا بموجب قانون المكان الذي صدر فيه أو القانون المنطبق على القرار التحكيمي.

فإذا صدر قرار من السلطة المختصة بإبطال القرار التحكيمي أو إيقاف العمل به. فهذا يعني أنه فقد صفة الإلزام بالنسبة للأطراف. وبالتالي، لا يمكن تنفيذه في البلد الذي صدر فيه. ويجب أن يصبح قرار الإبطال نهائيا لكي يصار إلى رفض التنفيذ.

---

(996) Voir à titre d'exemple, art 38 du Concordat Suisse, cité par De Boisséson, op cit.

(997) راجع المادة 5 (هـ) من إتفاقية نيويورك.

ولكن قد نكون أمام حالة إيقاف القرار التحكيمي كما ذكرت ذلك إتفاقية نيويورك - ومثلما سنتعرض إلأيه لاحقا – وهذه الحالة، يمكن مواجهتها عندما يطلب إبطال القرار التحكيمي في بلد إصداره. وتقوم السلطة المختصة قبل البت قي طلب الإبطال بإصدار قرار مؤقت وهو إيقاف التنفيذ. وفي هذه الحالة لا يصار إلى رفض تنفيذ القرار في البلد الذي يراد تنفيذه فيه وإنما إيقاف التنفيذ لحين البت في طلب الإبطال وذلك طبقا لما جاء في المادة السادسة من الإتفاقية. وهذا الإختلاف في إستعمال مصطلح عوضا عن آخر، قد أثار نقاشا مذهبيا، لأن الإتفاقية الدولية، لما إستبعدت مصطلح قرار نهائي وأستبدلته بقرار ملزم. لم تحل بذلك المشكلة. ذلك أن مصطلح قرار ملزم هو في حد ذاته مصطلح غامض وكان محل جدل فقهي عميق، بدليل أن إتجاهات عديدة ظهرت فيما بعد، لتنقد هذا المصطلح. فبالنسبة لقسم من الفقهاء، إن مصطلح " ملزم" ليس إلا صياغة ملتوية جاء بها محرروا إتفاقية نيويورك، ليؤكدوا بصورة غير مباشرة على الصفة النهائية للقرار التحكيمي الصادر في الدولة المتعاقدة، غير الدولة المطلوب فيها التنفيذ. وهي في الحقيقة، لم تفعل سوى بإعادة صياغة المادة 73 (أ) من إتفاقية جنيف (998). بينما هنالك رأي آخر، وهو يشكل الأغلبية، يرى أن قرارا ملزما Obligatoire هو ذلك القرار الغير قابل للطعن عن طريق الطعون العادية. وهو بذلك يقر بطريقة غير مباشرة إمكانية أن يكون محل طعن عن طريق الطعون الغير عادية، من بينها الطعن عن طريق الإبطال (999). أما الإتجاه الثالث فهو يعتبر، أنه يمكن أن يكون القرار غير ملزم في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان القرار التحكيمي قابلا للطعن عن طريق الإستئناف أمام هيئة تحكيمية باعتبارها هيئة إستئناف.

أما الحالة الثانية: إذا تعلق الأمر بقرار مشروط conditionné. بمعنى، أن القرار هنا، إذا قضى مثلا، بأن يدفع طرف مبلغا من المال للطرف الآخر، مقابل خدمة يقوم بها هذا

---

(998) Voir Goldman. B : « Arbitrage (droit international privé) », Rép. Droit-inter. Dalloz , 1968, n° 288.
(999) Voir Sanders. P : « Vingt années de la convention de New-York de 1958 », in D.P.C.I, 1979, p. 359 et s, spéc, p. 369.

الأخير. وبذلك، لم يعد القرار ملزما، لأن إلزاميته هي معلقة بالمقابل الذي يلتزم الطرف الآخر بأدائه. ويمثل هذا الإتجاه الأستاذ René David (1000). فهذا الأخير، بعد أن لاحظ صعوبة إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية في بعض البلدان، نظرا لغياب تعاون قضائي في هذا المجال، يرى أنه يمكن تصور إتجاهين في المستقبل لتجاوز المشكلات المرتبطة بالصفة الملزمة للقرار التحكيمي. الإتجاه الأول، وهو الإعتراف بالأثر العبر وطني un effet supranational للإكساء بالصيغة التنفيذية، عندما يتعلق الأمر بقرار تحكيمي يكون قد صدر في مواد معينة وضمن شروط معينة. أما الإتجاه الثاني، فهو منح وضع متميز على المستوى الدولي للقرارات التي تصدرها بعض الأجهزة أو الهيئات التحكيمية، لأنه – كما قال – لا يمكن أن نضع على قدم المساواة أي تحكيم. تحكيم يمنح ضمانات، وآخر لا يمنح أية ضمانة. ويقصد بهذا الأخير، التحكيم الحر.

أما عربيا وحتى مغاربيا، فإن الإتفاقيتين المتعلقتين بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، على المستويين العربي والمغاربي لم تحذوا حذو الإتفاقية الدولية، لما أقرتا بوجوب أن يكون القرار التحكيمي الصادر في الدولة الأصل نهائيا. فمثلا، تنص المادة 37 فقرة 3 من إتفاقية الرياض، على أنه من بين الأسباب التي يرفض على أساسها حكم المحكمين إذا " لم يصبح (هذا الحكم) نهائيا"، لأن القرار التحكيمي الغير نهائي من المحتمل إلغاؤه. وليس من المصلحة، تنفيذ قرار تحكيمي من المحتمل إلغاؤه، لما في ذلك من إهدار للحقوق المكتسبة وعدم إستقرار للمراكز القانونية. ويصير القرار نهائيا متى إستنفذت طرق الطعن فيه، أو إنقضت مواعيده، دون أن يطعن فيه، فيصير بذلك قابلا للتنفيذ. ويبقى السؤال عن القانون الواجب التطبيق على نهائية القرار وقد أصابت إتفاقية الرياض لما نصت على أن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي. وهي بذلك تعد شبيهة بإتفاقية جنيف لسنة 1927 التي تشترط – كما سبق وأن ذكرنا – أن يكون القرار نهائيا في الدولة الأصل أي في دولة صدور القرار التحكيمي. وقد علق أغلب الفقهاء على عبارة " أن يصبح القرار نهائيا" الواردة في

(1000) Voir sa position en détail, in l'arbitrage dans le commerce international, éd Economica, Paris, 1982, p. 553.

المادة (ج) من إتفاقية جنيف، أنها تعني، أنه بعد إستنفاذ كل الطعون الممكن ممارستها في بلد الصدور، بدون تمييز بين الطعون العادية والغير عادية. لأن الصفة النهائية مرتبطة قبل كل شيء بالقرار التحكيمي الذي يكون قد حاز على حجية الشيء المقضي فيه والذي لم يعد من الممكن ممارسة أي طعن ضده، لا أمام محكمين بصفتهم يمثلون هيئة إستئناف ولا أمام هيئة قضائية عادية (1001).

ولكن من جهة أخرى، إن القول بأن يكون القرار التحكيمي قابلا لأي طعن في البلد الذي صدر فيه، هو الدفع بطريقة غير مباشرة بإتجاه الإكساء المزدوج للقرار بالصيغة التنفيذية. وهذا بطبيعة الحال، يخالف الطبيعة القانونية للقرار التحكيمي التي تختلف عن الحكم الأجنبي الذي تحكمه قاعدة المعاملة بالمثل La règle de réciprocité في العلاقات الثنائية بين الدول. لأنه لا يمكن إخضاع القرار التحكيمي إلى نفس الشروط التي يخضع لها عادة الحكم الأجنبي، طبقا للإتفاقيات الثنائية للتنفيذ المتبادل للأحكام الصادرة في الدول المتعاقدة (1002). لأن الهدف من التحكيم أصلا، هو عدم اللجوء إلى المحاكم الرسمية للدولة، وتبسيط إجراءات الإعتراف والتنفيذ في مرحلة ما بعد إصدار القرار. لأنه مثلما أكد عليه الفقيه Jean Robert "إن القانون لم يوضع من أجل إشباع حاجة ذهنية ومواصلة البحث عن بناء مثالي، وإنما الإستجابة لحاجيات حقيقية" (1003) وهذا ينطبق على محرري إتفاقية الرياض الذين - حسب رأينا - لم يفعلوا سوى إعادة إنتاج ما صاغه محرروا إتفاقية جنيف لسنة 1927، مع الإختلاف في الظروف والوسيلة والهدف. علما أن حتى هذه الأخيرة، فقد تم تجاوزها من قبل إتفاقية نيويورك التي ظهرت سنة 1958. كما أننا نرى أن الإتفاقية العربية بالصياغة التي جائت بها، فقد عقدت إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي أكثر مما سعت إلى حلها.

ولكن، إذا كانت إتفاقية الرياض - مثلما لاحظنا - وهي تؤكد على وجوب أن يكون القرار نهائيا، فهل يمكن أن نعثر على نفس الإتجاه في الإتفاقية المغاربية؟ في الواقع، لقد

(1001) David. R, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris 1982, p. 490.
(1002) Robert. J : « La convention de New-York du 10 Juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », in Rev.arb, 1972, p. 71.
(1003) Ibid.

وقع التنصيص في الإتفاقية المغاربية على الشروط الواجب توفرها في قرارات المحكمين الصادرة في إحدى الدول الأطراف صلب المادة 44 فقرة 2 التي تؤكد على أنه " ولا يجوز رفض الأمر بتنفيذها (القرارات التحكيمية) إلا في الحالات التالية". وقد نصت على العديد من الأسباب، من بينها إذا كان المحكمين غير مختصين أو إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ. إلا أن المادة 44 لم تتطرق إلى شرط وجوب أن يكون حكم المحكمين قد إكتسب قوة الشيء المقضي فيه وأصبح قابلا للتنفيذ exécutoire بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه.

ولكن، ولئن أغفلت هذه المادة ذكر شرط وجوب إكتساب حكم المحكم لقوة الأمر المقضي فيه، فإنه يمكن أن نستشف وجوب توفر هذا الشرط من خلال مواد أخرى. من بينها المادة 43 من الإتفاقية والمتعلقة بالوثائق التي يجب أن يدلي بها من يحتج بحكم حائز على قوة الأمر المقضي فيه أو يطلب تنفيذه والتي تحيلنا إليها المادة 44 فقرة 1.

ومن بين الوثائق الواجب الإدلاء بها: نسخة تنفيذية من حكم تتوفر فيه جميع الشروط اللازمة لصحته وشهادة كتابة الضبط المختصة تثبت أنه لم يقع الطعن في الحكم لا بالطرق العادية أو غير العادية أو أن آجال الطعن فيه قد إنقضت. كما أنه يجب ان يكون الحكم واجب النفاذ في البلد الذي صدر فيه. ويتم التحقق من توفر هذه الشروط بالرجوع إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم، وذلك عملا بمبدأ خضوع الإجراءات إلى قانون القاضي. كأن يشترط هذا القانون لإعتبار حكم المحكمين قابلا للتنفيذ، أن يقع الأمر بتنفيذه في بلد صدوره. كما يقضي بذلك مثلا، قانون إحدى الدول المغاربية (1004). وأساس ذلك، أن الأمر بتنفيذ الأحكام هو وجه من أوجه التعاون القضائي بين بلدان المغرب العربي. وهذا التعاون يفترض الإعتراف للأحكام الأجنبية بنفس القوة التي تتمتع بها في بلدها. فلا يجب تمتيعها بآثار لا تتمتع بها في بلد صدورها أو بقوة لا تملكها. وهذا ما يبرر في نظر بعض الفقهاء، إخضاع أحكام المحكمين الأجنبية إلى نفس شروط وإجراءات الإعتراف و بتنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية (1005).

(1004) أنظر على سبيل المثال المادة 736 من قانون الإجراءات الليبي.

(1005) Batiffol. H et Lagarde. P, in Droit international privé, T1. 7ème éd, n° 715.

ولكن السؤال يبقى مطروحا، فيما إذا كان حكم الهيئة القضائية الذي يؤكد أو يعدل القرار التحكيمي في بلد الصدور هو الذي سيكون موضوع الإكساء بالصيغة التنفيذية أم القرار التحكيمي نفسه. الشيء المؤكد، هو أن الحكم الصادر عن الهيئة القضائية المختصة في الدولة الأصل هو الذي سيكون موضوع الإكساء بالصيغة التنفيذية وليس القرار التحكيمي، وذلك طبقا للإجراءات المعمول بها بالنسبة للأحكام الأجنبية باعتباره حكما أجنبيا ليس إلا (1006) ومهما يكن من أمر، يجب أن نشير بصفة عامة، إلى أن الغاية من إكساء حكم المحكمين بقوة الأمر المقضي فيه في بلد الصدور، هو تمكين الشخص الذي صدر لفائدته هذا الحكم، التمسك به عن طريق القيام بدعوى يطالب فيها الإعتراف بهذا الحكم. ثم إن الدفع بقوة الأمر المقضي فيه، من شأنه أن يمنع النظر فيما فصل فيه حكم المحكمين من نزاع. لهذا السبب، نجد أن المتمسك بقوة الأمر المقضي فيه أو الذي يدفع بها، يجب أن يقدم للمحكمة التي تنظر في طلب الإعتراف أو الدفع بقوة الأمر المقضي فيه الوثائق المنصوص عليها صلب المادة 43. نذكر منها على وجه الخصوص: نسخة تنفيذية من الحكم والمحضر الأصلي للإعلام بالحكم وشهادة من كتابة الضبط تثبت أنه لم يقع الطعن في الحكم بالطرق العادية أو الغير العادية.

ولكن بعد دراستنا للصفة االنهائية للقرار التحكيمي التي يجب أن يتمتع بها في البلد الذي صدر فيه، فهل يمكن أن نجد نفس الصفة اللصيقة بالقرار في القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم؟ بالنسبة للقانون الجزائري، إن القرار التحكيمي الذي صدر في الخارج أو الذي صدر داخل التراب الوطني في مجال التحكيم الدولي لا يمكن أن يصبح قابلا للتنفيذ في الجزائر إلا بعد حصوله على الإكساء بالصيغة التنفيذية. في الحالة الأولى، إن رئيس محكمة مكان التنفيذ هو الذي يصرح بقابليته للتنفيذ. أما في الحالة الثانية، فإن

(1006) والدليل على ذلك، أن جميع الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى، في إطار التعاون القضائي تخضع القرارات التحكيمية والأحكام الأجنبية إلى نفس إجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية. من بين هذه الإتفاقيات، يذكر الأستاذ إسعاد، الإتفاقية الجزائرية المغربية المؤرخة في 15 مارس 1963 (مادة 26) والإتفاقية الجزائرية التونسية المؤرخة في 26 جويلية 1963 (مادة 25) والإتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 2 أوت 1964(مادة 7). راجع **Issad. M : « Le décret législatif 25 avril 1993 …. » op cit, p. 398.**

رئيس المحكمة التي صدر القرار في دائرة إختصاصها هو الذي يصرح بقابلية القرار التحكيمي للتنفيذ (1007).

أما إذا نظرنا إلى الموضوع من زاوية قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، فإنه طبقا للمادتين 1500 و1476 تتمتع القرارات التحكيمية سواء تلك التي صدرت في المجال الدولي داخل فرنسا أو خارجها بحجية الشيء المقضي فيه بقوة القانون.

يبقى أن إضفاء هذه الحجية على هذه القرارات يختلف بحسب نوع هذه القرارات، إن كانت هذه القرارات – كما قلنا – قد صدرت في فرنسا في المجال الدولي أو تلك التي أصدرها محكمون في الخارج. بالنسبة للفئة الأولى من هذه القرارات، يكفي أن تكون قد صدرت في فرنسا وفي مجال خاص ألا وهو المجال الدولي حتى تخضع إلى التشريع الفرنسي. وبناء على ذلك، فإن حجية الشيء المقضي فيه تتمتع بها هذه القرارات منذ صدورها من دون الحاجة إلى طلب الإعتراف بها أو الأمر بتنفيذها L'exéquatur. وتبقى هذه القرارات حائزة على هذه الحجية إلا إذا تعرضت إلى الإبطال تطبيقا للمادة 1504 من نفس القانون.

أما بالنسبة للقرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة في الخارج، فإنه لا يمكن تمتيع هذه القرارات بحجية الشيء المقضي فيه إلا عن طريق طلب الإعتراف أو الأمر بتنفيذها تطبيقا للمادة 1498 من القانون الفرنسي المشار إليه سلفا (1008).

أما إلى من يؤول الإختصاص الترابي في خصوص مسألة الأمر بالتنفيذ، فإذا كان القرار التحكيمي صادرا في فرنسا، فإن القاضي المختص إقليميا هو القاضي أين صدر في دائرة إختصاصه القرار. إلا أن المشرع الفرنسي خلافا للمشرع الجزائري لم يقل شيئا في خصوص القرار التحكيمي الصادر في الخارج. فحسب الأستاذ Fouchard (1009) ولتجاوز هذه العقبة فقد تقدم الفقه الفرنسي بالعديد من الأفكار، من بينها مثلا، إقتراح أن تكون المحكمة الإبتدائية لباريس هي المختصة إقليميا للنظر في مصير هذه القرارات.

(1007) راجع المادة 458 مكرر 17 فقرة أخيرة.

(1008) Fouchard. Ph, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", JDI 1982, p. 406.

(1009) Ibid, p. 407.

أما المشرع السعودي وعلى وجه المقارنة، فقد بدا واضحا لما نص في المادة 20 من القانون السعودي المتعلق بالتحكيم على أن "الحكم التحكيمي يصبح قابلا للتنفيذ exécutoire عندما يصير نهائيا وذلك بمقتضى أمر صادر عن المحكمة المختصة التي يرجع إليها النظر في النزاع". وإنطلاقا من هذه المادة، فإن الحكم التحكيمي الصادر في الخارج يجب أن يكون نهائيا وحائزا على حجيته الشيء المقضي فيه في البلد الأصل وممهورا بالصيغة التنفيذية من قبل المحكمة المختصة التابعة له **(1010)**.

لم يتعرض المرسوم التشريعي إلى الصفة النهائية أو الملزمة للقرار التحكيمي في بلد الصدور ولكن مبدئيا، إن الإعتراف والتنفيذ يظلان يخضعان إلى إتفاقية نيويورك التي - كما نعلم - قد إنضمت إليها الجزائر منذ سنة 1988 حتى وإن كانت غير منصوص عليها في الفصل III من قانون الإجراءات المدنية والمتعلق بالإعتراف والتنفيذ الجبري، وطرق الطعن ضد القرارات التحكيمية الدولية. ولكن بالرغم من ذلك كله، فإن إتفاقية نيويورك تنطبق على القرارات التحكيمية الأجنبية، مثلما هي معرفة من قبل هذه الإتفاقية **(1011)**. وبناء على ذلك، فإن القرارات التحكيمية التي تكون قابلة للإعتراف والتنفيذ أمام المحاكم الوطنية، هي تلك القرارات التي لم يحن الوقت الذي تصير فيه ملزمة طبقا للمادة 5-1 (ج) من الإتفاقية الدولية مبدئيا، طبقا للمادة 458 مكرر 16 فقرة 2 يكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه أيا كان البلد الذي صدر فيه، وحتى وإن كان قد أبطل في الخارج. أما لمعرفة إنعكاس ذلك الإبطال على مسألة الإعتراف والتنفيذ في الجزائر، فالإجابة يجب أن تكون حذرة، أي بحسب الحالة. فإذا طبقنا على القرار إتفاقية نيويورك أو الإتفاقيات الثنائية للتعاون القضائي، فمن الممكن أن تدفع هذه الإتفاقيات بالقاضي الوطني إلى إحترام هذا القرار. أما في حالة غياب أي إتفاقية دولية، فإن القاضي الوطني يعتبر أنه إذا أبطل القرار في بلد الصدور، فإن هذا الإبطال لا يمكن أن يكون له أي أثر على مصير الإكساء. من جهة

(1010) El Ahdab. A, « L'arbitrage en Arabie Saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985 », in Rev.arb, 1986, p. 561.
(1011) Voir Bedjaoui. M et Mebroukine. A : « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », J.D.I, Paris, 1993, p. 901.

أخرى، يجب أن نعلم، أن الشيء المقضي فيه، يمكن أن يكون له إنعكاس على سلطة القاضي، وهو منعه من أن ينظر من جديد في النزاع الذي سبق وأن فصل فيه المحكمون. إلا أن هذا، لا ينفي حتى يكون القرار قابلا للتنفيذ أن يخضع للإكساء بالصيغة التنفيذية من قبل القاضي الوطني طبقا للقواعد المعمول بها محليا.

ولكن، بعيدا عن أحكام القانون الجزائري للتحكيم الدولي وشروط والإتفاقيات المتعددة الأطراف، الدولية منها والجهوية، فإن إلزامية أو نهائية القرار التحكيمي قد كانت محل تقدير appréciation من قبل فقه القضاء، بحيث إختلفت الإجتهادات القضائية في هذا الجانب كما تنوعت الأسانيد التي قامت عليها، مثلما سنرى فيما يلي.

المطلب الثاني: موقف الإجتهاد القضائي من إلزامية القرار التحكيمي.

لماذا صرنا نتحدث في هذه المرحلة عن إلزامية القرار ولا عن نهائيته، لتمسكنا بالإجتهاد القضائي الحديث الذي طغت على قراراتها تفسيره ومناقشته للصفة الإلزامية للقرار طبقا لإتفاقية نيويورك دون الصفة النهائية لإتفاقية جنيف التي لم تعد لها المكانة التي كانت لها في السابق بعد ظهور إتفاقية نيويورك.

وفي الحقيقة، ينقسم الإجتهاد القضائي في خصوص الصفة الملزمة للقرار Le caractère obligatoire de la sentence والأساس القانوني التي ترتكز عليه. نثير في هذا المضمار خاصة، الإجتهاد القضائي الفرنسي والسويسري. مثلا، يعتبر الإجتهاد القضائي الفرنسي أنه يجب تقدير apprécier الصفة الملزمة للقرار، بالنظر إلى قانون الدولة التي صدر القرار التحكيمي فيها. ففي القضية التي جمعت الشركة الفرنسية S.E.E. والدولة اليوغسلافية، فإن محكمة الإستئناف، وبعد أن لاحظت أن قانون مقر التحكيم ليس هو بالضرورة القانون الذي يحكم الإجراءات التحكيمية، توصلت إلى أنه " طبقا للإجراءات المنطبقة على التحكيم التي لم تكن في قضية الحال لتخضع إلى أي قانون وطني، يعد قرار المحكمين ملزما إزاء الطرفين في معنى إتفاقية نيويورك لـ 10جوان 1958 (1012).

(1012) Rouen, 13 novembre 1984, S.S.E c/ Yougoslave, Rev.arb, 1985, p. 115, note J.L. Delvolvé, spéc, p. 127 : J.D.I, 1985. 473, note B. Oppetit.

وقد أتيح لمحكمة إستئناف سويسرية أن رفضت قرارا تحكيميا صدر في ألمانيا. وتتعلق القضية بعقد بيع أبرم في فبراير سنة 1966 بين شركة سويسرية من بال وشركة ألمانية من هامبورغ، وكان الإتفاق يتضمن الإحالة للتحكيم وفقا لقواعد هيئة مبادلات هامبورغ لبائعي السلع فقد قضت بأن حكم المحكمين لا يمكن إعتباره ملزما للأطراف، إلا إذا إستوفى الشروط التي يتطلبها قانون الدولة التي صدر فيها (1013). ولكن من جهة أخرى، فقد أكدت المحكمة الإبتدائية الفرنسية في حكم لها صدر العام 1970 أنه إذا كانت الصفة الملزمة للقرار التحكيمي لا بد وأن تتم طبقا لقانون الدولة التي صدر فيها القرار، فإنه من حيث تلك الصفة، فعلى الطرف الذي يعارض تنفيذ ذلك القرار أن يثبت أن القرار لا يمكن أن يكون ملزما في دولة الصدور (1014).

ولكن ماذا عن الإجتهاد القضائي العربي عموما، والجزائري تحديدا في خصوص الصفة الملزمة أو النهائية للقرار التحكيمي في الدولة التي صدر فيها؟ مثلا، قضت محكمة الإستئناف بتونس، بتاريخ 18 مارس سنة 1998 في القضية التي جمعت بين طالبة الإكساء بالصيغة التنفيذية الشركة البلغارية " بلكان كاراباكس" والمطلوبة " مؤسسات بن الصادق" (1015). أنه بالرغم من أن المطلوبة لم تثبت أن القرار التحكيمي قد كان محل نقض أو إيقاف تنفيذ في بلغاريا، وحيث إتضح للمحكمة أنه لا يوجد أي مانع قانوني يحول دون إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية، مما يتجه معه القضاء نهائيا بإكساء القرار الصادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة الصناعة والتجارة البلغارية.

يستفاد من حيثيات هذا الحكم، أنه يكفي ألا يكون القرار التحكيمي محل طعن بالنقض أو وقع إيقاف تنفيذه في الدولة التي صدر فيها القرار، لكي يكون نهائيا. ونهائية القرار التحكيمي يعني هنا، أن يكون القرار قد حاز على حجية الشيء المقضي فيه. ولا شك أن تضمين هذا الشرط في حكم محكمة إستئناف تونس لإكساء القرار التحكيمي الصادر في بلغاريا الصيغة التنفيذية، له دلالته أيضا، من ناحية إستقرار المعاملات بين

(1013) Affaire citée par Sanders in « Vingt années de la Convention de New-York… », op cit, pp. 320-321.
(1014) T.G.I, Paris, ,15 mai 1970, J.D.I, 1971, p. 316.
(1015) Cité par Ouerfli. A : op cit, p. 259.

المتعاملين التونسيين والبلغاريين وإحترام الحقوق المكتسبة. ثم إن هذا الشرط يتفق مع المعاهدات الدولية التي إنضمت إليها كل من تونس والجزائر، إذ أوردته وأكدت عليه كل من إتفاقية نيويورك وإتفاقية الرياض العربية والإتفاقيات الثنائية الأخرى التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دول أخرى في إطار التعاون القانوني والقضائي.

أما في خصوص الإجتهاد القضائي الجزائري، ونتيجة لأن شروط تنفيذ القرار التحكيمي هي ذاتها تقريبا المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، فإنه وبشهادة الأستاذ إسعد، فإن القضاة لا يمارسون الرقابة على الحكم أو القرار التحكيمي الأجنبي إلا بالنظر إلى النظام العام. ومن بين الأحكام التي يمكن أن نذكرها هنا وهي عديدة (1016)، حكم صادر عن محكمة الجزائر في القضية رقم 82/969 والصادر بتاريخ 1983/04/24، الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم صدر عن محكمة باريس في تاريخ 24 فيفري 1981 وهو الحكم الذي قضى لصالح سيدة فرنسية ضد بنك جزائري، وقد إكتفت محكمة الجزائر بملاحظة أن الحكم الصادر عن محكمة باريس هو نهائي وأنه قد صدر عن هيئة قضائية مختصة وأنه غير مخالف للنظام العام الجزائري، وقد إستأنف هذا الحكم من قبل البنك الجزائري، إلا أن المجلس في رده على طلبات البنك في الموضوع، صرح بأن أي مراجعة للحكم الأجنبي لا يمكن قبولها (1017). إن هذا الحكم ليؤكد محدودية سلطة قاضي التنفيذ على الحكم الأجنبي والطابع النهائي المرتبط بالحكم الأجنبي الذي لا يسمح بأي مراجعة في الموضوع، وإنما التأكد فقط من وجوده ومن عدم مخالفته للنظام العام. وهي الشروط ذاتها اللصيقة بالقرار التحكيمي إذا رجعنا إلى المادتين 458 مكرر 17 و458 مكرر 18. و إن كنا نرى، أن الطابع الإلزامي هو أثر من آثار الطابع النهائي للحكم أو للقرار التحكيمي. لهذا، فنحن مع الرأي الذي يقول بأن الصفة الإلزامية التي أكدت عليها

(1016) راجع الأحكام الآتية، محكمة الجزائر، قضية رقم 80/323، حكم صادر في 1981/05/04. محكمة الجزائر، قضية رقم 86/564، حكم صادر في 1981/12/07. محكمة الجزائر قضية رقم 81/383، حكم صادر في 1982/05/02 وكل هذه الأحكام ذكرها الأستاذ إسعاد في مقاله الذي سبق وأن أشرنا إليه
L'exequatur dans le droit conventionnel, op cit, p107.

(1017) مذكور من طرف أ. إسعاد، نفس المرجع.

إتفاقية نيويورك ليست إلا تعبيرا عن الصفة النهائية للقرار التحكيمي في صياغة أخرى autrement formulée.

ولكن، للتأكد من مدى الترابط الموجود بين إجراءات الإعتراف والتنفيذ في الدولة الأصل والإجراءات المزمع وضعها حيز التنفيذ في الدولة التي على إقليمها سينفذ القرار التحكيمي، لا بد وأن نلقي نظرة حول هذا الترابط من حيث إنعكاس الإجراءات الأولى على الثانية من ناحية عنصر الشكلية اللصيق بهذه الإجراءات.

المبحث الثاني: إنعكاس إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في الدولة الأصل على الإجراءات المتبعة في دولة التنفيذ.

إذا كانت الإتفاقيات المتعددة الأطراف تخضع الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي في الدولة التي صدر فيها إلى إجراءات معينة، فإن هذه الإتفاقيات قد نصت أيضا على النتائج القانونية التي من الممكن أن تترتب عن هذه الإجراءات، في الدولة التي سينفذ فيها القرار. وبإمكاننا أن نرى ذلك، في حالتين: في حالة إبطال أو توقيف القرار في الدولة الأصل (المطلب الأول). وكذلك، في حالة وجود دعوى إبطال أو توقيف معلقة في الدولة الأصل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالة إبطال أو توقيف القرار التحكيمي في الدولة الأصل.

بالنسبة للإتفاقيات المتعددة الأطراف التي أطلعنا عليها، سواء إتفاقية نيويورك الدولية أو الإتفاقيتين، العربية والمغاربية المتعلقتين بالإعتراف أو تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، فإنها تتفق جميعها على أن إبطال القرار التحكيمي L'annulation d'une sentence arbitrale في الدولة الأصل لا ينتج عنه أي أثر في دولة التنفيذ، لأن هذه الإتفاقيات تعترف بإختصاص المحاكم الوطنية للدولة الأصل، عندما يتعلق الأمر بإبطال أي قرار تحكيمي. ويقصد هنا بالمحاكم الوطنية للدولة الأصل، المحاكم أين يوجد بها مقر التحكيم أو محاكم الدولة التي يحكم قانونها التحكيم، وهو القانون المختار عادة من قبل الأطراف لتنظيم إجراءات التحكيم. وهذه المحاكم هي الوحيدة المخولة للتصريح بإبطال القرار التحكيمي. أما المحاكم الأخرى، ويقصد بها هنا، محاكم دولة تنفيذ القرار التحكيمي لا

تماك إلا أن ترفض الإعتراف لهذا القرار بكل الآثار اللصيقة به بعد صدوره في الدولة الأصل.

من جهة أخرى، يجب التنبيه هنا، إلى أن إبطال أي قرار تحكيمي في الدولة التي صدر فيها، لا يعني بأي حال من الأحوال حرمانه من أن يدمج في النظام القانوني لدولة أخرى غير دولة الصدور، خاصة ونحن نعلم أن إتفاقية نيويورك نفسها وكذا مثيلاتها من الإتفاقيات الأخرى، سواء أكانت عربية أو مغاربية تحديدا، قد وضعت شروطا ميسرة ومبسطة لإكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية في الدولة المطلوب فيها التنفيذ (1018)، باستثناء إتفاقية الرياض التي أضافت إلى الشروط الكلاسيكية، في حالة رفض الإعتراف بالقرار شرطا آخر ألا وهو عدم مخالفة القرار لأحكام الشريعة الإسلامية.

إلا أنه وبشهادة الفقيه الأحدب، فقد يسجل من حين إلى آخر تراجعا للأثر الدولي لأنه ببساطة بعض القضاة المحليين يرفضون الأخذ بإبطال القرار التحكيمي في البلد الأصل وترتيب أي نتيجة على ذلك (1019).

فعلى سبيل المثال، في 1997/01/14 أعطت محكمة إستئناف باريس صيغة التنفيذ في فرنسا لقرار تحكيمي كان قد صدر في مصر وأبطلته محكمة إستئناف القاهرة في قضية Chromalloy. وأساس النزاع يكمن في عقد تموين عسكري أبرم سنة 1988 بين مصر وشركة Chromalloy الأمريكية وفسخ سنة 1991 بطلب من الأخيرة. وصدر قرار تحكيمي في القاهرة في 1994/08/24 يلزم الدولة المصرية بأن تدفع للشركة الأمريكية تعويضات.

طلبت الشركة الأمريكية تنفيذ القرار التحكيمي في الولايات المتحدة. وطلب الخصم إبطاله في مصر. فأستجابت محكمة إستئناف القاهرة للطلب، وأبطلت الحكم في 1995/12/05 مستندة إلى المادة 53 فقرة 1 من القانون المصري للتحكيم التي تجيز

(1018) راجع المادة 4 من إتفاقية نيويورك والمادة 37 من إتفاقية الرياض والمادة 44 من إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، المرجع السابق.

(1019) أنظر، عبد الحميد الأحدب، "القرار التحكيمي في ميدان الإستثمار الدولي، العلاقة بين قرارات القاضي في بلد الأصل وقرارات القاضي في بلد التنفيذ"، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 1، السنة 2001 ص، 29 وما يليها.

الإبطال. "إذا إستبعد الحكم التحكيمي تطبيق القانون المتفق عليه لحسم النزاع". وآستندت المحكمة القضائية في الإبطال إلى أن المحكمين كان يجب أن يطبقوا القانون الإداري المصري وليس القانون المدني المصري.

ولكن محكمة مقاطعة كولومبا في الولايات المتحدة الأمريكية في قرار إتخذته في 1996/07/31 إعترفت بالحكم التحكيمي ومنحته الصيغة التنفيذية مستندة في ذلك إلى المادة 7 من معاهدة نيويورك. ثم لاحظت أن القانون الأمريكي لا يجيز لقاضي التنفيذ رد تنفيذ حكم تحكيمي حتى ولو إرتكب في أسوأ الإحتمالات خطأ في القانون. كذلك إستندت إلى إتفاقية الطرفين التي إستبعدت أي مراجعة ضد الحكم التحكيمي واعتبرت المحكمة الأمريكية أنه سيكون مخالفا للنظام العام الأمريكي الذي يلزم باحترام العقود التحكيمية وخاصة الدولية. كما سيكون مخالفا للنظام العام الأمريكي الإعتراف بقوة قرار قضائي أجنبي يتعرض لحكم تحكيمي إكتسب الدرجة القطعية ولم يعد قابلا للمراجعة بإتفاق الطرفين (1020).

وإن كان يوجد على مستوى الفقه تياران، تيار يعتبر ألا أثر لإبطال حكم تحكيمي في البلد الأصل على قرار قاضي بلد التنفيذ. وهذا الرأي – حسب الأستاذ الأحدب – يسعى إلى تحرير التحكيم من القيود والإرتباطات بل ويدعو إلى ترك الحرية كاملة لقاضي بلد التنفيذ بحيث لا يحرم الحكم التحكيمي من صيغة التنفيذ إلا إذا ثبت له عيب يفضي إلى إبطاله حتى ولو لم يبطل في البلد الأصل (1021). بينما يوجد تيار آخر يدعو إلى إحترام قرارات قاضي بلد الأصل وتقييد قاضي بلد التنفيذ بها إلا إذا وجد قاضي بلد التنفيذ "أن قاضي بلد الأصل كان متحيزا في حكمه ومتعسفا في تفسير قانونه" (1022) وإن كان من الصعب حسب الأستاذ الأحدب إلغاء دور الرقابة لقاضي بلد الأصل حين يحصل التحكيم لديها وإحالة الرقابة بكاملها إلى قاضي بلد التنفيذ (1023).

(1020) في خصوص هذه القضية وقضايا أخرى من نفس الفصيلة راجع عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 35 وما يليها.

(1021) أنظر عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 38

(1022) Voir Poudret. JF, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ? » ,in Rev.arb, 1998, n° 1, p. 26 et s.

(1023) راجع عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 39.

والدليل على ذلك، أنه على مستوى إتفاقية الرياض العربية ففي هذه الإتفاقية وطبقا للباب الخامس منها والذي جاء تحت عنوان "الإعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها"، يجب أن يأتي الحكم التحكيمي إلى بلد التنفيذ مكتسبا صيغة التنفيذ من قضاء البلد الأصل.

يبقى أن لقاضي بلد الأصل رقابة وأن يحترم قاضي بلد التنفيذ القرار الصادر عن قاضي البلد الأصل بمقدار ما راعى هذا القرار الأسس والمقاييس الدولية التي تلتقى حولها جل الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية أو جهوية وهي:

1- عدم الإخلال بإجراءات إستدعاء الخصم على الوجه الصحيح.

2- عدم تجاوز المحكم لمهمته.

3- تشكيل المحكمة تشكيلا صحيحا وعدم مخالفة إجراءات التحكيم المتفق عليها.

4- عدم مخالفة النظام العام.

من جهة أخرى، تجمع الإتفاقيات المتعددة الأطراف على أن غياب الطعن بالإبطال في الدولة الأصل، معناه أن القرار "لم يحن بعد ليصير ملزما". أما إذا مورس الطعن بالإبطال في الدولة الأصل، فمعنى ذلك، أن الرقابة على القرار في هذه الدولة قد مورس لدى فحص القاضي الأول للطعن عن طريق الإبطال. لأن الرقابة على القرار في نظر بعض الفقهاء، يجب أن تتم في الدولة الأصل أين يقع مقر التحكيم أو التي يحكم قانونها التحكيم. بمعنى آخر، أن الأصل في الرقابة على القرار، هو في الدولة التي صدر فيها القرار، وليس في الدولة التي يطلب فيها التنفيذ. وتعد الرقابة في دولة صدور القرار التحكيمي من باب تسهيل عملية الرقابة في بلد التنفيذ في مرحلة بعدية. كما أنها تعد أيضا من باب توزيع الإختصاص بين دولتين بين دولة الصدور من جهة، ودولة التنفيذ من جهة أخرى (1024). ولكن إذا كان صحيحا أن الرقابة التي تمارسها المحاكم الوطنية التابعة للدولة الأصل على القرار، من خلال الطعن بالإبطال المرفوع أمامها، هي في جانب منها، الهدف منها، تفادي رقابة أشد في مرحلة بعدية في بلد التنفيذ. فهل يمكن و الحالة

(1024) Voir, A.J Van Den Berg : op cit, p. 42.

تلك، أن نقارن بين هذه الرقابة وتلك التي تمارس عادة على الأحكام الأجنبية؟ في الحقيقة، لا مجال للمقارنة يقول الفقهاء، بين الرقابة الممارسة على القرار التحكيمي وتلك التي تمارس عادة على الأحكام الأجنبية في إطار الإتفاقيات الثنائية للتعاون القضائي بين الدول والتي يحكمها مبدأ المعاملة بالمثل le principe de réciprocité. أما والأمر يتعلق بالتحكيم الذي يصدر على إقليمها. ولهذا الغرض، فهو يظل دائما عرضة للإبطال (1025).

ولكن المشكلة تبقى عالقة فيما إذا كان من الممكن تطبيق الإتفاقيات المتعددة الأطراف، إتفاقية نيويورك أو إتفاقية الرياض، إذا كانت القوانين الوطنية في البلد الذي صدر فيه القرار لا تنص على أي رقابة على هذا الأخير، من بينها الرقابة على القرار من خلال الطعن بالإبطال. نذكر هنا، على سبيل المثال المادة 190 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري التي تمنع الطعن عن طريق الإبطال ضد القرار التحكيمي الذي يكون قد صدر في سويسرا (1026). في نظر الفقه بوجه عام، والإشكالية المطروحة تتعلق أصلا بإتفاقية نيويورك. ونعتقد من جهتنا أن نفس الإشكالية هي مطروحة على مستوى الإتفاقيتين، العربية والمغاربية. إن الإتفاقية الدولية تنطبق على هذا القرار حتى ولو كانت تشريعات دولة الأصل التي صدر على إقليمها القرار التحكيمي لا تسمح بأن يطعن فيه عن طريق الإبطال، خاصة وأن إتفاقية نيويورك وكذلك الإتفاقيات الجهوية الأخرى تمنح هذه الدول التي يقع على إقليمها مقر التحكيم أو تلك التي يحكم قانونها التحكيم كامل الإختصاص في تنظيم الطعن عن طريق الإبطال (1027).

على صعيد أخر، تنص الإتفاقيات المتعددة الأطراف وعلى رأسها إتفاقية نيويورك على حالة توقيف القرار التحكيمي Le cas de suspension de la sentence arbitrale من طرف الهيئة القضائية المختصة في البلد الذي صدر فيه القرار وبمقتضى قانونه. وتعد هذه الحالة من بين الحالات المؤدية إلى رفض الإعتراف بالقرار وتنفيذه في الدولة المطلوب فيها التنفيذ. فمثلا، بالنسبة لإتفاقية نيويورك الدولية تجيز المادة 6 منها لقاضي الدولة

(1025) Fouchard. Ph. Gaillard. E. Goldman. B : Traité de l'arbitrage ... op cit, p. 996.
(1026) Lalive. P et Gaillard. E : « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », J.D.I. 1989, pp 905-957, spéc, p. 955.
(1027) Fouchard. Ph. Gaillard. E. Goldman. B : op cit, p. 996.

التي يطلب تنفيذ القرار التحكيمي على إقليمها أن يوقف هذا التنفيذ. ذلك أن هذه المادة تنص على أنه إذا طلب إبطال القرار التحكيمي أو إيقاف تنفيذه من طرف السلطة المطلوب منها تنفيذه، يمكن لهذه الأخيرة، إذا وجدت ذلك ملائما أن تأمر بتوقيف تنفيذ ذلك القرار. كما يمكنها، بناء على عريضة يقدمها طالب التنفيذ أن تكلف الطرف الآخر بتقديم ضمانات مناسبة.

ويتبين من هذه المادة أن للمحكمة التي يطلب منها تنفيذ القرار التحكيمي السلطة التقديرية في أن تقرر وقف هذا التنفيذ، بناء على طلب الطرف الآخر. والإتفاقية لا تميز في ذلك بين إبطال القرار وإيقاف تنفيذه. إن وقف التنفيذ لا يعني البتة هنا رفض هذا التنفيذ، وإنما قد تأمر به المحكمة إذا وجدت مبررات معقولة تؤيد إحتمال وجود أحد أسباب رفض تنفيذ القرار التحكيمي. ويفيد وقف التنفيذ في هذه الحالة، إعطاء من صدر القرار ضده مهلة لإثبات وجود إحدى حالات رفض تنفيذ القرار التحكيمي، متى كان من شأن الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي إضاعة فرصته في إثبات إحدى هذه الحالات. ولإحتمال أن يؤدي وقف التنفيذ إلى إهدار حقوق طالب التنفيذ، قررت إتفاقية نيويورك طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 6، أنه يمكن للمحكمة أن تكلف الطرف الذي صدر القرار ضده بتقديم ضمانات مناسبة لضمان حقوق طالب التنفيذ وكذلك متى تمسك طالب التنفيذ بذلك.

ولكن إيقاف التنفيذ يمكن أن ينشأ بقوة القانون بمناسبة دعوى الإبطال. ولكن لا يمكن إعتباره إيقافا في معنى المادة 7 فقرة 1 (د) من إتفاقية نيويورك. وإن كان يعاب على هذه الإتفاقية، أنها لم تحدد ما المقصود بمصطلح " إيقاف"، ولكنها إكتفت فقط بالتأكيد على أن الإيقاف يجب أن يصرح به من طرف " السلطة المختصة" بالبلاد التي صدر فيها القرار التحكيمي أو بمقتضى قانونها **(1028).**

وهذا يعني بوجه المخالفة a contrario أن إتفاقية نيويورك تقصي حالة الإيقاف بقوة القانون، أي أن يكون هنالك إيقاف للقرار التحكيمي بعد صدور حكم قضائي من طرف الهيئة القضائية المختصة في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي. ولذلك، فقد ذهبت

(1028) أنظر، حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 1997، ص. 247.

المحكمة العليا في السويد إلى أن الوقف الذي يتقرر بقوة القانون بمجرد الطعن بالإبطال على حكم التحكيم، لا يعد وقفا طبقا لمفهوم المادة الخامسة فقرة 1-هـ- من معاهدة نيويورك (1029) ويذهب جانب من الفقه إلى ضرورة تأييد هذا التمشي للقضاء. إذ أن نص المعاهدة يتطلب أن يتم الوقف من قبل هيئة قضائية مختصة. وهو ما يكفي لإستبعاد الوقف المترتب بقوة القانون العمول به في الدولة التي صدر حكم التحكيم في إقليمها (1030)

بالنسبة لإتفاقية الرياض، لم تنص صراحة على إبطال القرار التحكيمي في الدولة الأصل، ولكنها أشارت إلى أنه من بين أسباب رفض تنفيذ القرار التحكيمي في دولة التنفيذ، إذا كان هذا القرار لم يصبح بعد نهائيا. مما يعني أن عدم نهائيته هو قابليته للإبطال من طرف هيئة قضائية مختصة تابعة للدولة الأصل هي ممكنة (1031).

ويجوز حينئذ لطالب رفض تنفيذ القرار التحكيمي التمسك بهذا الإبطال أمام الهيئة القضائية المختصة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ.

وقد تبنت من جانبها إتفاقية التعاون القانوني والقضائي لدول إتحاد المغرب العربي نفس الإتجاه، عندما نصت على أن قرار المحكمين يجب أن يكون نهائيا (1032). وبالتالي، عدم نهائيته، تكون في حالة إبطاله أو توقيفه من قبل المحكمة المختصة في البلاد التي صدر فيها.

إلا أن القانون الجزائري للتحكيم لم ينص من جهته على نهائية القرار في الدولة التي صدر فيها. وهذا يعني، أن مسألتي الطعن بالإبطال والإيقاف غير مطروحتان. أما إذا قارنا مثلا بين هذا القانون أي القانون الجزائري للتحكيم وقانون التحكيم التونسي، فإن المادة 82 من هذا الأخير تنص على أنه، في حالة طلب الإبطال أو الإيقاف للقرار التحكيمي في الدولة الأصل، فإن محكمة الإستئناف بتونس، بصفتها محكمة تابعة لدولة

(1029) Voir, Fouchard. Ph. Gaillard. E. Goldman. B, Traité de l'arbitrage commercial international, éd L.G.D.J, Paris 1997,p. 996

(1030) أنظر، د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 263.

(1031) راجع المادة 37 من إتفاقية الرياض. المرجع السابق.

(1032) راجع المادة 44 من إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي.

التنفيذ، لها السلطة في أن تصرح بتأجيل حكمها، de surseoir à statuer أو أن تأذن الطرف الآخر بتقديم الضمان المناسب.

وإن كان الإتجاه العام حاليا، هو أن وجود طعن أو حتى قرار بالإبطال في الدولة أين صدر فيها القرار، لا يشكل عقبة في وجه إكسائه بالصيغة التنفيذية في دولة التنفيذ، لأن القرار التحكيمي حسب الأستاذ إسعد هو قرار دولي قبل كل شيء ما دام لم يدمج بعد في النظام القانوني الداخلي لدولة التنفيذ (1033).

ولكن، ما هو مصير إجراءات الإعتراف والتنفيذ في دولة التنفيذ عندما يتعلق الأمر هذه المرة ليس بحالة الإبطال أو التوقيف ولكن إذا كانت دعوى الإبطال أو التوقيف عالقة pendante في الدولة الأصل؟

المطلب الثاني: حالة دعوى الإبطال أو الإيقاف عندما تكون قائمة في الدولة الأصل.

إن حالة وجود دعوى قائمة، سواء أكانت دعوى إبطال أو إيقاف المنصوص عليها في الإتفاقيات المتعددة الأطراف في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي في مواجهة طلب تنفيذ مرفوع في الدولة المطلوب فيها التنفيذ (1034)، تثير أكثر من سؤال حول نية محرري هذه الإتفاقية أو تلك، من التنصيص على هذه الحالة، وأي إنعكاس يمكن أن تحدثه دعوى إبطال القرار التحكيمي أو وقفه أمام قضاء الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم، في الدولة المطلوب منها تنفيذ هذا القرار؟

في الحقيقة، الغرض من إستعراض هذه الحالة، هو أن محرري هذه الإتفاقيات قد وجدوا أنفسهم أمام متناقضين، وهما في الواقع، يشكلان إنشغالين يجب إيجاد حلقة وصل بينهما. من جهة، رغبة هؤلاء تفادي عرقلة إجراءات التنفيذ بمجرد معارضة ممن له مصلحة في التنفيذ، عن طريق رفع دعوى بإبطال القرار التحكيمي في الدولة التي صدر فيها. و من جهة أخرى، حرصهم على أن ينفذ القرار في دولة التنفيذ حتى و إن كان قد

(1033) Issad. M : « Le décret législatif du 25 avril 1993 » op cit, p.
L'idée semble être empruntée à Berthold Goldman qui justifiait la solution de l'arrêt Norsolor par l'idée que l'annulation prononcée au siège pourrait ne pas s'imposer dans tous les Etats si elle frappe « une sentence internationale, car, celle-ci n'est pas intégrée dans l'ordre juridique du pays de sa localisation géographique », in « Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria », Rev.arb. 1983. 379, Spéc, p. 391.

(1034) راجع المادة VI من إتفاقية نيويورك والمادة 30 فقرة 1 (أ) من إتفاقية الرياض، المرجع السابق.

وقع إبطاله أو إيقافه من طرف السلطة المختصة في البلاد التي صدر فيها القرار التحكيمي حتى يستفيد المتمسك بطلب التنفيذ في دولة التنفيذ من التنفيذ السريع للقرار.

ولهذا الغرض، فقد عمدت الإتفاقيات التي إطلعنا عليها، على منح الحرية المطلقة لمحاكم الدولة المطلوب فيها التنفيذ من أجل تقدير الأسباب التي على أساسها تم طلب إبطال القرار التحكيمي أو إيقافه والتأكد من جدية الأسباب المثارة في الدولة التي صدر فيها القرار (1035). وهذا ما يوحي برقابة بعدية تمارسها محاكم هذه الدولة حتى لا تهدر حقوق طالب التنفيذ. وإذا ما تأكد لهذه المحاكم جدية الأسباب التي قام عليها طلب التنفيذ، فإنه يمكنها أن ترفض طلب الإعتراف والتنفيذ أو لا تمنحه إلا بشرط تقديم ضمان كاف يمكن أن يحقق في حالة الإبطال أو الإيقاف إمكانية إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه من قبل. إلا أنه، ونظرا لما تتمتع به المحكمة المختصة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ من سلطة تقديرية في خصوص منح أو رفض طلب الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، فإنه يخشى بروز تفاوت في التقدير لكل من محاكم دولة التنفيذ ودولة صدور القرار حول أسباب جدية الطعن بالإبطال. وهو عيب يمكن أن يوجه للإتفاقيات المتعددة الأطراف لدى معالجتها لموضوع الدعويين والترابط الموجود بينهما دون منح الأفضلية لهذه المحاكم أو تلك. فعلى سبيل المثال، في المنازعة التي أشرنا إليها سابقا والتي جمعت بين جمهورية مصر العربية وشركة S.P.P، فقد أصدر رئيس المحكمة الجزئية في أمستردام في 12 جويلية سنة 1984 أمرا بتنفيذ قرار التحكيم. بينما أصدرت محكمة إستئناف باريس في ذات اليوم حكما يقضي بإبطال هذا القرار التحكيمي (1036).

ولكن ما إنعكاس هذا التفاوت في التقدير بين هيئات قضائية في دولتين مختلفتين، دولة الأصل لصدور القرار، ودولة التنفيذ، على مصير القرار التحكيمي؟

(1035) راجع المادة 5 من إتفاقية نيويورك والمادة 37 من إتفاقية الرياض والمادة 44 من إتفاقية التعاون القانوني بين دول إتحاد المغرب العربي.

(1036) in Rev.arb. 1986 avec le commentaire de Ph. Le Boulanger, p. 3 et s.

يوجد في الحقيقة رأيان للفقه، رأي يقول بأنه يمكن للمحكمة التي أصدرت الأمر بتنفيذ القرار أن ترجع في قرارها بناء على المادة 5 فقرة (هـ) إذا ما تأكد لديها أن القرار قد وقع إبطاله من طرف السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي. كما أن هنالك من يرى، أنه إزاء الصعوبة الناجمة عن عدم وجود تنسيق في الإجراءات بين محاكم الدولة المطلوب فيها التنفيذ والدولة التي صدر على إقليمها القرار التحكيمي، فإن قانون الدولة الأولى أي قانون دولة التنفيذ يصبح هو المختص لكي يحدد ما إذا كان الأمر الصادر يتسم بطابع نهائي أو أن ظروفا جديدة قد طرأت فيما بعد، تجعل من هذا الأمر قابلا لأن يسحب ويعدل (1037).

وقد كان للإجتهاد القضائي الفرنسي موقف يأخذ في الحسبان هذا الحل الأخير. فلقد أصدرت محكمة باريس في 15 ماي سنة 1970 أمرا بتنفيذ قرار تحكيمي هندي بالرغم من إمكانية الطعن فيه بالإبطال أمام المحاكم الهندية وهو الطعن الذي لم يكن قد شرع فيه بعد، مشيرة إلى أن الطرف المحكوم له في التحكيم يمكنه أن ينفذ القرار التحكيمي مع تحمله مخاطر هذا التنفيذ (1038).

نرى من جهتنا، أنه طالما لم يصبح القرار التحكيمي نهائيا في الدولة التي صدر فيها، فإنه يعود لمحاكم دولة التنفيذ سلطة تقرير الحكم القضائي بمنح أو رفض تنفيذ القرار وهي تراقب مدى إستجابة ذلك الحكم وكأي حكم أجنبي آخر إلى الشكليات المطلوبة، مثل إحترامه لحقوق الدفاع وعدم مخالفته للنظام العام، دون المساس بموضوع النزاع، إعتمادا على أن الرقابة بدولة التنفيذ هي رقابة شكلية ولا يمكن أن تنصب على الموضوع.

ولكن، هل يمكن أن نجد حلا مماثلا أو قريبا من الحل الذي وضعته كل من إتفاقية نيويورك والرياض في القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم؟ لم ينص قانون التحكيم الجزائري على دعوى الإبطال أو الإيقاف عندما تكون قائمة في البلد الذي صدر فيها القرار التحكيمي و دعوى أخرى في رفض الإعراف و التنفيذ أمام محاكم دولة التنفيذ.

(1037) Gaillard. E : « Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit conventionnel », in Juris. Cl. Droit. Inter. Fasc 586-10.
(1038) T.G.I de Paris, 15 mai 1970, Rev. Arb. 1971, 108, spéc, p 110, cité par Gaillard. E. op cit, n° 31.

وسبب غياب التنصيص على هذه الحالة، ربما يعود إلى حرص المشرع على تبني نظم متقاربة، بين تلك التي تنطبق على القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج والأخرى الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي. والسبب الآخر، يعود لكون المشرع يعتبر أن القرار التحكيمي هو حائز على حجية الشيء المقضي فيه منذ التصريح به، سواء أكان صادرا في الخارج أو في الجزائر (1039). يبقى أن نشير إلى أن الحالة الوحيدة التي تعرض فيها المشرع إلى الدعوى القائمة أو المعلقة هي بخصوص دعوى التحكيم. وتعتبر كذلك، أي معلقة في حالتين، الحالة الأولى: إذا كان المحكم قد عرض عليه النزاع من طرف المدعي في التحكيم. وهنا، يفترض بطبيعة الحال، أن يكون المدعي قد قدم إدعاء في هذا المعنى. والحالة الثانية: عندما يكون المدعي في التحكيم يباشر في تأسيس محكمة التحكيم. وهذا يفيد أنه قد أودع مطلبا في التحكيم (1040).

بعدما رأينا كيف أن من يريد أن ينفذ القرار التحكيمي لمصلحته، عليه أن يخضع في طلبه هذا، إلى شروط شكلية معنية. فمن جهة أخرى، فقد أجازت الإتفاقيات المتعددة الأطراف للجهة التي تطلب رفض هذا الإعتراف أن تلتزم في طلبها بشروط موضوعية معنية أيضا.

(1039) راجع المادة 458 مكرر 16 فقرة 2، المرجع السابق.

(1040) راجع المادة 458 مكرر 8، نفس المرجع.

الباب الثاني: الشروط الموضوعية لرفض الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية

مثلما لاحظنا آنفا، فقد قدمت الإتفاقيات المتعددة الأطراف كل التسهيلات لتنفيذ القرارت وأزالت ما قد يعترض هذا التنفيذ من عراقيل وعقبات. فجعلت الأصل، هو قابلية القرار التحكيمي للتنفيذ، بشرط أن يلتزم طالب التنفيذ بالشروط اللازمة لتنفيذه. وبالمقابل، فقد ألقت على عاتق من يعارض التنفيذ عبئ إثبات توافر إحدى حالات رفض تنفيذ القرار. ومن بين هذه الحالات، أنه إذا طلب من يراد تنفيذ القرار التحكيمي ضده رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه، فلا يستجاب لطلبه، إلا إذا قدم للسلطة المختصة بالدولة المطلوب فيها التنفيذ الدليل على:

1- نقص أهلية الأطراف في إتفاقية التحكيم وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم أو عدم صحة إتفاقية التحكيم.

2- عدم إعلان الخصم إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم.

3- تعرض قرار التحكيم للفصل في مسألة لم ترد في إتفاق أو شرط التحكيم أو تجاوز القرار لمسألة وردت في إتفاق أو شرط التحكيم.

4- عدم مطابقة إجراءات التحكيم أو تشكيل محكمة التحكيم لإتفاقية الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم.

5- عدم صيرورة القرار التحكيمي ملزما للأطراف أو وقع إيقاف تنفيذه من قبل سلطات الدولة التي صدر فيها القرار أو وفقا لقانونها. كما أقرت هذه الإتفاقيات على أنه:

ويجوز أيضا رفض الإعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كان:

1- موضوع النزاع مما لا يجوز التحكيم فيه طبقا لقانون هذه الدولة.

2-إذا كان الإعتراف بالقرار وتنفيذه يتعارض مع النظام العام في هذه الدولة.

ويتضح من كل ما ورد ذكره من حالات رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه المنصوص عليها في الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي أطلعنا عليها، سواء أكانت دولية أو إقليمية. أن رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي، إما أن يكون بناء على طلب أحد

الطرفين، الدولة أو المستثمر الأجنبي (الفصل الأول). إما أن تقرر ذلك، محكمة الدولة المطلوب فيها التنفيذ، من تلقاء نفسها (الفصل الثاني).

الفصل الأول: حالات رفـ f الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بناء على طلب أحد الطرفين.

بعد صدور القرار التحكيمي يلجأ من صدر ضده القرار إلى السلطة المختصة في دولة التنفيذ طالبا منها رفض تنفيذ هذا القرار. ثم يعود لهذه السلطة أن تنظر في هذا الطلب، فإذا ما رأت ما يستدعي رفض تنفيذ هذا القرار فإنها ترفضه. ولكن بشرط، أن يقوم الطرف الذي صدر ضده القرار التحكيمي، بإثبات إحدى حالات الرفض المنصوص عليها في الإتفاقيات المتعددة الأطراف. وقد تمكنا، بناء على ما ورد من حالات في هذه الإتفاقيات، من حصر هذه الحالات في حالتين إثنين، على مستويين، أولا، على مستوى إتفاقية التحكيم (المبحث الأول) وثانيا، على مستوى تنظيم التحكيم وسيره (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الحالات التي تمS إتفاقية التحكيم

حتى يمكن التمسك بطلب رفض تنفيذ القرار التحكيمي في الدولة المطلوب فيها التنفيذ، يجب على الطرف في النزاع الذي صدر ضده القرار أن يثبت مثلا، أن الطرف الآخر هو عديم الأهلية أو أن إتفاقية التحكيم التي قام على أساسها القرار التحكيمي هي غير صحيحة (المطلب الأول). أو كأن يثبت أمام السلطة المخولة للنظر في طلب رفض تنفيذ القرار، أن القرار المصرح به قد تجاوز ما أتفق عليه الطرفان في إتفاقية التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نقـ ţ أزالية أحد الطرفين وعدم صحة إتفاقية التحكيم.

إن الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي يمكن أن يرفضا بسبب عدم صحة إتفاقية التحكيم التي على أساسها قام القرار التحكيمي. ويتمثل عموما عدم صحة الإتفاقية في عدم أهلية طرفي الإتفاقية أو في عيب في الرضاء يكون قد أشاب إرادة أحد الطرفين في الإتفاقية. ولكن، بمقتضى أي قانون يمكن أن نتعرف على صحة الإتفاقية من عدمها؟ في الواقع، حددت إتفاقية نيويورك القانون الذي يمكن الإستناد إليه للتأكد من صحة إتفاقية

التحكيم لا وهو قانون إرادة الأطراف. فإذا لم يتفق الأطراف، فإن قانون الدولة التي صدر على إقليمها قرار التحكيم هو الذي يؤخذ به (1041).

ولكن المشكل يظل قائما فيما إذا كان يحق للقاضي المطلوب منه النظر في طلب رفض تنفيذ القرار لعدم صحة إتفاقية التحكيم أن ينظر في هذا الطلب، وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها القرار أو وفقا للقانون الذي طبقه المحكم في غياب أي قانون آخر، يكون الطرفان قد قبلا به. بالنسبة لإتفاقية نيويورك، وكذلك الشأن بالنسبة لباقي الإتفاقيات الأخرى، لا يمكن لقاضي دولة التنفيذ لدى فحصه لطلب رفض تنفيذ القرار التحكيمي المؤسس على عدم صحة إتفاقية التحكيم، إلا أن يعتمد على القانون الواجب التطبيق الذي إختاره الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي، وليس على القانون الذي طبقه المحكم. وهو ما ترفضه شريحة من الفقهاء الذين يؤكدون على أن إختيار القانون الواجب التطبيق على الإتفاقية، يجب أن يترك للمحكم في حالة عدم إتفاق الطرفين، لأنه في نهاية الأمر هو القانون الذي سيقاس عليه للتأكد من صحة الإتفاقية من عدمها.

من جهتها، تشترط كل من إتفاقية الرياض العربية والإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي وجوب صدور قرار المحكمين تنفيذا لشرط أو عقد تحكيم صحيح ونهائي (1042). والغاية من هذا الشرط هو إبراز أن التحكيم يجد أساسه في شرط أو عقد للتحكيم يفقد أساسه وفعاليته، وبالتالي يصبح القرار التحكيمي الصادر عن الجهة المختصة باطلا، لصدوره تنفيذا لعقد أو شرط تحكيم باطل هو أيضا. وهذا يقودنا إلى المبدأ القانوني العام الذي مفاده، أن ما هو قائم على باطل فهو باطل. ولكن حسب أي قانون يتم التحقق من صحة شرط أو عقد التحكيم طبقا لهاتين الإتفاقيتين؟ لم تتطرق لا إتفاقية الرياض ولا إتفاقية التعاون القانوني والقضائي لدول إتحاد المغرب العربي لهذه المسألة. خلافا لإتفاقية نيويورك التي بينت ضمن الفقرة الأولى من المادة 5 منها والتي سبق إيرادها، أن التحقق

(1041) Voir, Robert. J : « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » in, Rev.arb, 1958, pp 70-82, spéc, p. 78

(1042) راجع في ذلك، المادة 37 من إتفاقية الرياض والمادة 44 من الإتفاقية المغاربية. للإشارة، بالرجوع إلى هاتين المادتين، فإننا نجد نفس الصياغة هنا وهناك، في الإتفاقية العربية والإتفاقية المغاربية، مما يدل على تأثر إحداها بالأخرى.

من صحة شرط التحكيم أو عقد التحكيم يتم طبقا للقانون الذي إختاره الطرفان، بالنسبة للدولة والمستثمر الأجنبي، أو طبقا لقانون الدولة التي صدر فيها القرار.

أما عن عدم أهلية أحد الطرفين، وهو السبب الآخر الذي بمقتضاه يمكن لأحدهما أن يطلب من القاضي رفض تنفيذ القرار التحكيمي، تؤكد كل من إتفاقية نيويورك وإتفاقية الرياض، على أن التأكد من عدم الأهلية يتم بناء على القانون الذي ينطبق على إتفاقية التحكيم (1043) أو طبقا لقواعد دولة الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف أو التنفيذ (1044). في حين، لم تتعرض الإتفاقية المغاربية على الإطلاق إلى موضوع عدم الأهلية، كأحد الأسباب لرفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي. وإنما إكتفت فقط بالتنصيص على خمس حالات لرفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي وهي: عدم قابلية تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو بطلان إتفاقية التحكيم أو غياب الصفة النهائية له أو عدم توجيه الإستدعاء للحضور على الوجه الصحيح أو مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام لدى الطرف المتعاقد المطلوب منه التنفيذ (1045). وبالرغم من ذلك، يلاحظ الأستاذ إسعد، أن شروط الإعتراف والتنفيذ في الإتفاقية المغاربية هي أكثر صرامة مقارنة بتلك المنصوص عليها في القانون الداخلي لكل من الجزائر وتونس مثلا (1046).

ومهما يكن من أمر، نرى أنه بإمكان من يطلب رفض تنفيذ القرار التحكيمي أن يؤسس طلبه على حالة البطلان الذي يشوب الشرط التحكيمي أو العقد التحكيمي، مثلما ورد في الإتفاقية لإثبات عدم أهلية الطرف الآخر في معنى القدرة على أن يكون هذا الأخير طرفا في إتفاقية التحكيم. إن ما زاد الأمور تعقيدا وغموضا في خصوص هذه النقطة بالذات، هو عدم تعريف الإتفاقيات المتعددة الأطراف لمصطلح أهلية. ولهذا السبب، فإننا نجد من الفقهاء من يعتبر أن مصطلح أهلية هو شبيه بمصطلح " سلطة" بينما فريق آخر يعتبر أن مصطلح أهلية يختلف كلية عن مصطلح سلطة (1047).

(1043) راجع المادة 5 (1) من إتفاقية نيويورك، المرجع السابق.

(1044) راجع المادة 37 (أ) من إتفاقية الرياض، المرجع السابق.

(1045) راجع المادة 44 من الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي، المرجع السابق.

(1046) Issad. M : « L'exequatur dans le droit conventionnel … » op cit.

(1047) Gaillard. E : Le pouvoir en droit privé … op cit, p. 48 et s.

نرى من جانبنا أن المقاربة الأولى هي التي تنسحب على إتفاقية الرياض العربية في معنى السلطة على التمثيل.

ولكن وفقا لأي قانون يمكن التحقق من عدم أهلية أحد الطرفين؟ إن القانون الواجب التطبيق على الأهلية هو القانون الشخصي للطرفين، والشيء الإيجابي في إتفاقية نيويورك هو تحديدها لهذا القانون، سواء للقول، بأن الإتفاقية هي صحيحة أو غير صحيحة أو للقول أيضا بأن الطرفين هما عديما الأهلية أم لا. ولكن ما يعاب على الإتفاقية الدولية هو إشتراطها إنعدام الأهلية لكلا الطرفين حتى ترفض المحكمة المختصة تنفيذ القرار التحكيمي، بينما يتعلق الأمر بنقص أهلية أحد الطرفين (1048).

أما عن إتفاقية الرياض العربية باعتبارها إتفاقية جهوية، فهي أيضا تنص مثل إتفاقية نيويورك على أن الدولة الطرف المطلوب على إقليمها التنفيذ هي التي تحدد وبكل حرية شروط الأهلية وفقا لقانونها. ولكن الإتفاقية العربية، لم تحدد من جهة أخرى، المعايير التي بمقتضاها يتم تحديد الأهلية من عدمها. وهذا يعني أن الدولة العربية المضيفة هي التي تحدد هذه المعايير وفقا لتصوراتها هي.

بالنسبة لقانون التحكيم الدولي الجزائري، لم يتعرض المرسوم التشريعي 93/09 إلى عدم الأهلية، ولكن فقط إلى عدم صحة إتفاقية التحكيم. تنص المادة 458 مكرر 23 من المرسوم على أنه " لا يجوز إستئناف القرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية: .." ومن بين الحالات التي ذكرتها المادة السالفة الذكر، حالة عدم إمتثال المحكمة التحكيمية للمهمة المسندة إليها والتي تجعل من إتفاقية التحكيم غير صحيحة بسبب عدم إحترام المحكمة لمهمتها. من بينها، عدم إلتزامها بالفصل في النزاع وفقا لما يطلبه منها الطرفان. لقد وردت هذه الحالة في المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد. إلا أن المشكلة تظل عالقة، ذلك أن عبارة " عدم الإمتثال للمهمة" هي عبارة عامة وغامضة. وهذا الغموض يصعب من مهمة القاضي الوطني لدى فحصه للقرار التحكيمي، لمعرفة إذا كان المحكم قد إمتثل لمهمته أم لا.

(1048) أنظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 170.

ومن شأنه أن يدفع بالقاضي إلى فحص عمل المحكم في جميع جوانبه. بينما هو مدعو في الحقيقة للنظر في القرار التحكيمي من الناحية الشكلية فقط. بمعنى آخر، عليه الإلتزام بالنظر بصفة حصرية في بعض النقائص المتعلقة بمهمة المحكمة في المعنى الضيق والدقيق للكلمة. بحيث، لا يجب أن يتوسع في تفسير واجب الإمتثال إلى حد حمله على تحمل إلتزامات أكثر من اللازم. وهذا يجرنا بطبيعة الحال، إلى التساؤل عن مدى تأثير ذلك على وظيفة القاضي لدى رقابته للقرار التحكيمي؟ وبعبارة أخرى، هل بإمكانه إبطال القرار بسبب عدم إمتثال المحكم لمهمته طبقا لما إتفق عليه الطرفان؟ تؤكد محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها، أن الإخلالات Les irrégularités في أداء المهمة والتي تكون قد ألحقت ضررا بالطرف الذي يتمسك بها أمام القاضي، هي وحدها القابلة للإبطال. كما أنه يقع عليه، إثبات الضرر الذي لحقه من جرائها (1049). وهي تتحدث عن هذه الإخلالات، فهي تميز بين الإخلالات الجوهرية والأخرى البسيطة التي يمكن التغاضي عنها بحكم تخلي الطرفين عن التمسك بها أمام القاضي الوطني.

ولكن وفقا لأي قانون يمكن تقدير أهلية الأطراف في إتفاقية التحكيم؟ يعتمد الإجتهاد القضائي الفرنسي في تقديره لأهليه الأطراف على القانون الشخصي لهؤلاء. وحسب الفقيه Fouchard، فإن هذا الموقف لا يثير أي مشكل وينسجم كلية مع الإتفاقيات الدولية (1050). علما أن هذه الإتفاقيات قد حددت أيضا القانون الذي يعتد به للتعرف على صحة إتفاقية التحكيم وهو قانون إرادة الأطراف، فإذا لم يتفق الأطراف فبالرجوع إلى قانون الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي (1051).

وخلاصة القول، أن القاضي مطالب بالرجوع إلى القانون المنطبق على إتفاقية التحكيم، سواء لتقدير صحة الإتفاقية أو أهلية الأطراف. يبقى أن إتفاقية التحكيم وبحكم ما تتمتع به من إستقلالية قانونية autonomie juridique، فالقانون الواجب التطبيق عليها لن يكون بالضرورة هو نفسه الواجب التطبيق على العقد الأصلي. فقد إستقر الإجتهاد

(1049) Cass. Civ, II, 15 oct 1980. Bull civ 1980, II, n° 207, p. 140.
(1050) Voir, Fouchard. Ph, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », in JDI 1982, p. 383.
(1051) Robert. J, op cit, n° 443.

القضائي في فرنسا ومنذ مدة على رأي مفاده أن إتفاقية التحكيم يمكن إخضاعها إلى قانون يختلف عن القانون الذي ينطبق على العقد (1052).

إلا أنه ما عدا السببين اللذين أشرت إليهما، هناك سبب آخر، مرتبط أشد الإرتباط بإتفاقية التحكيم والمتمثل في الحالة التي يتجاوز فيها القرار ما أتفق عليه الطرفان في إتفاقية التحكيم.

المطلب الثاني: مجاوزة القرار التحكيمي لإتفاقية التحكيم.

بالنسبة لهذا الشرط، لاحظنا إختلافا في الصياغة بين إتفاقية وأخرى من بين الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي إطلعنا عليها. مثلا، في حين تتكلم إتفاقية نيويورك عن مجاوزة القرار التحكيمي لإتفاقية التحكيم، تتكلم الإتفاقيتين العربية والمغاربية عن صدور القرار التحكيمي بناء على "شرط تحكيمي أو عقد تحكيمي باطل أو غير صحيح" ولكن بالرغم من الإختلاف في الصياغة إلا أنه تلتقي في هدف واحد وهو أنه يمكن رفض تنفيذ القرار التحكيمي إذا ما تصدى هذا القرار للفصل في مسألة لم ترد في شرط التحكيم أو في إتفاق التحكيم.

لأنه في كلا الحالتين، يعتبر المحكم قد فصل في النزاع على أساس إتفاقية تحكيم باطلة أو في مسألة لم تشملها الإتفاقية وتجاوزها المحكم. وهذه الحالة تعد شبيهة بحالة عدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب عدم إحترام المحكم لمهمته. لهذا الغرض، فإن العديد من القوانين الحديثة (1053) تجمع بين هذين السببين لوجود عناصر متداخلة فيما بينها وتؤدي في النهاية إلى نفس النتيجة، عدم صحة إتفاقية التحكيم لعدم إمتثال المحكم لمهمته من جهة، هي شبيهة بعدم صحة الإتفاقية لمجاوزة المحكم لما ورد في إتفاقية التحكيم من جهة أخرى. لأن صيغة عدم إمتثال المحكم لمهمته التي أخذت بها معظم التشريعات الحديثة من بينها القانون الجزائري، نقلا عن القانون الفرنسي (1054) تلتقي، حسب رأينا، مع مجاوزة المحكم لإتفاقية التحكيم. وإن كان من الفقهاء، من يعتبر أن هذا التقاطع Le recoupage هو

(1052) Fouchard. Ph, op cit, p. 384.

(1053) Voir, Ph. Fouchard, B. Goldman et E. Gailard, op cit, p. 1003.

(1054) راجع المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والمادة 1502 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

تقاطع ظرفي occasionnel، لأنه لا يمكن – حسب رأيه – أن يشكل عدم إمتثال المحكم لمهمته جزءا لا يتجزأ من إتفاقية التحكيم، لأنه يأتي في مرحلة بعدية ولأنه يشترط ليكون كذلك موافقة الطرفين عليه (1055). ولذلك، فنحن نقول أنه لهذه الأسباب، لم ينص المشرع الفرنسي على حالة رفض تنفيذ القرار التحكيمي عندما يكون القرار الصادر عن المحكم قد جاوز إتفاقية التحكيم وإكتفى فقط، بالتنصيص على حالة عدم إمتثال المحكم للمهمة المسندة إليه، بإعتبار أن حالة الفصل زيادة عن المطلوب Ultra petita أو عدم الفصل في وجه من الوجوه، هو جزء من مجاوزة المحكم لإتفاقية التحكيم. كما أن حالة عدم إمتثال المحكم لمهمته يمكن توسيعها إلى محالات أخرى، مثل التصريح بالإختصاص أو بعدم الإختصاص وعدم تسبيب القرار أو وجود ضعف في التسبيب أو تناقض فيه. إن إدماج هذه الحالات في حالة واحدة وهي عدم إمتثال المحكم لمهمته، من شأنها– حسب أحد الفقهاء – التقليل من تعدد الحالات التي تؤدي لو أخذنا بها، إلى فتح الباب على مصراعيه لطعون عديدة. نشير من جهة أخرى إلى أن حالة عدم إمتثال المحكم لمهمته لا تغطي فقط موضوع النزاع بل وأيضا القواعد الإجرائية (1056).

ولكن، ونحن بصدد معالجة الإتفاقيات المتعددة الأطراف، فإن الإتفاقية الوحيدة التي نصت على مجاوزة القرار التحكيمي لإتفاقية التحكيم هـي إتفاقيـة نيويـورك مقارنـة بالإتفاقيتين العربية والمغاربية اللتان لم تتعرضا إلى هذه الحالة. ولكن ما موقف الإجتهاد القضائي من مسألة مجاوزة القرار التحكيمي لإتفاقية التحكيم؟ في قضية جمعـت شـركة Racta الهندية بالشركة الأمريكية Oversas، تمسكت هذه الأخيرة أمام هيئة التحكيم بالمادة الخامسة فقرة أولى من إتفاقية نيويورك التي تجيز رفض التنفيذ إذا جاوز القرار التحكيمي إتفاقية التحكيم وذلك إستنادا إلى كون القرار المستهدف قد قرر تعويضـا لشـركة Racta مقابل خسارة. وبهذا، يكون القرار التحكيمي قد خالف ما إتفق عليه الطرفان. كما تمسكت الشركة الأمريكية بمخالفة القرار التحكيمي لما إتفق عليه الطرفان، من حيث أنه ألزمها

(1055) Ph. Fouchard, B. Goldman et E. Gaillard, op cit, p. 1005.
(1056) Terki. N : L'arbitrage commercial international, OPU, Alger, 1999, p. 139.

بمصاريف إضافية. مما يعتبر تعويضا عن أضرار غير مباشرة بالرغم من إتفاق الطرفين على عدم المسؤولية عن الأضرار الغير مباشرة.

إلا أن محكمة إستئناف باريس رفضت وجهة النظر هذه، معتبرة أن هيئة التحكيم لم تقضي بذلك، إلا تطبيقا للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية وهي التي إتفق الطرفان على تطبيقها، مقررة تنفيذ قرار هيئة التحكيم (1057).

كما عرض على المحكمة الإبتدائية بباريس إستئناف أمر تنفيذ قرار تحكيمي صدر في نيودلهي في 19 سبتمبر سنة 1969 بخصوص عقد إستثمار بين شركة هندية F.C.I.L وشركة فرنسية Saint Gobain. وكان القرار التحكيمي قد صدر لصالح الشركة الهندية، فأبدت الشركة الفرنسية أمام محكمة باريس معارضتها تنفيذ هذا القرار، فرفضت المحكمة هذه المعارضة في حكم لها بتاريخ 15 ماي سنة 1970.

فاستأنفت الشركة الفرنسية هذا الحكم أمام محكمة إستئناف باريس، مدعية أن القرار التحكيمي قد فصل فيما لم يتفق عليه الطرفان، متمسكة بتطبيق الفقرة الأولى من المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك. وفي 10 ماي سنة 1971، رفضت المحكمة هذا الإستئناف مؤيدة الأمر بالتنفيذ (1058).

من جهة أخرى، نشير إلى أنه طبقا للمادة 5 من إتفاقية نيويورك السالفة الذكر، يمكن تجزئة القرار التحكيمي لتنفيذ الشق من القرار التحكيمي الذي يدخل في نطاق إتفاقية التحكيم ورفض تنفيذ الشق الذي يجاوز ما إتفق عليه الطرفان، هذا متى كانت هذه التجزئة ممكنة.

ولكن إلى جانب حالات رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي التي ذكرناها، يمكن أيضا لطالب رفض الإعتراف أن يستند في مطلبه هذا إلى أسباب أخرى تتعلق هذه المرة بتنظيم التحكيم و سيره.

(1057) حكم مذكور من طرف د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 175.

(1058) راجع، د إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 175.

المبحث الثاني: الحالات التي تتعلق بتنظيم التحكيم وسيره.

يمكن في هذا الإطار للطرف المعني بالنزاع أن يطلب من المحكمة المختصة رفض تنفيذ القرار التحكيمي إذا أثبت أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو الإجراءات التي أتبعتها المحكمة هي غير مطابقة لما إتفق عليه الطرفان (المطلب الأول) أو لوجود خرق لمبدأ المواجهة بين الطرفين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم مطابقة تشكيل المحكمة أو الإجراءات لإتفاقية التحكيم.

تسمح المادة 5 فقرة 1 (د) من إتفاقية نيويورك برفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي عندما تكون تركيبة المحكمة التحكيمية أو الإجراءات التحكيمية المقامة أمامها غير مطابقة لما إتفق عليه الطرفان، وفي غياب ذلك، إذا لم تكن مطابقة لقانون البلد الذي صدر فيه القرار. ويستفاد من قرائتنا لهذه المادة، أنه بالنسبة لتشكيل المحكمة التحكيمية لا بد من الرجوع إلى إرادة الطرفين، الدولة والمستثمر الأجنبي. أما في غياب أية إرادة صريحة أو ضمنية لهما، فإن إعمال قانون مكان إجراء التحكيم يصبح هو الحل الوحيد.

مع العلم، أن ما يعاب على إتفاقية نيويورك الدولية هو أخذها بهذا المعيار الأخير في تقرير مدى مطابقة تركيبة المحكمة التحكيمية لقانون مكان التحكيم. وإن كانت القاعدة في هذا المضمار بالنسبة للإتفاقية الدولية، هو إعتمادها بشكل رئيسي على مبدأ حرية الطرفين في تكوين المحكمة، سواء مباشرة أو بالرجوع إلى لائحة تحكيم جاهزة وبصفة إحتياطية إرتكازها على مكان التحكيم عندما تغيب هذه الإرادة. ولكن، في حقيقة الأمر، لو رجعنا إلى كيفية إختيار مكان التحكيم بالذات لوجدنا أنه هو أيضا يقوم على إرادة الطرفين المعبر عنها سواء مباشرة في حال إختيار صريح للطرفين لمكان التحكيم أو بصفة غير مباشرة من خلال إختيارهما للائحة تحكيم تابعة لهيئة تحكيم دائمة مثل تحكيم الغرفة الدولية للتجارة التي مقرها باريس. أما وقد غاب هذان الحلان، فإنه تعود عندئذ السلطة للمحكم في إختيار مكان التحكيم، ولكن في جميع الأحوال، فإعتماد إتفاقية نيويورك لمبدأ حرية الطرفين في تشكيل المحكمة التحكيمية معناه، أنه في غياب هذا المبدأ، فهذا يعد سببا كافيا لرفض تنفيذ القرار التحكيمي، إذا ما تأكد للقاضي المختص أن المحكمة لم تشكل طبقا لما أراده الطرفان. إن التركيز هنا، على مبدأ حرية الطرفين في تشكيل المحكمة له

دليل قاطع، على أن إتفاقية نيويورك لا تولي إهتماما كبيرا لقواعد مكان التحكيم. فهي تشكل في نظر محرريها معيارا إحتياطيا. ولكن، بالرغم من ذلك كله، فهي لا تلغي تماما المكانة التي يجب أن تولى لمكان التحكيم، بدليل أنها رتبت آثارا قانونية في حال إبطال القرار التحكيمي في مكان التحكيم. كما أنه بالإمكان أن يوجد تعارض بين ما يريده الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي، والأحكام الآمرة لقانون المكان في خصوص تشكيل المحكمة، إذ لا بد للطرفين ولهيئة التحكيم من أن يأخذوا في عين الإعتبار هذه الأحكام. ونسجل في هذا الصدد، تذبذبا في الآراء، بين الأخذ بحرية الإرادة في تشكيل المحكمة وإعتبار أن الأحكام الآمرة لدولة مقر التحكيم هي ثانوية. وهذا التذبذب مصدره - حسب أغلب الفقهاء - هو أن إتفاقية نيويورك، إلى جانب كونها تؤكد على حرية الأطراف بوجه عام، في تشكيل المحكمة، فهي تمنح دورا ولو إحتياطيا لمقر التحكيم. ولذا، فموقف إتفاقية نيويورك هو ضد التيار الذي لا يعترف لمقر التحكيم بأي أهمية. بيد أن هذا المقر ما زال يحافظ في الواقع على مكانة مهمة لإعتبار وحيد، وهو أن عدم إحترام المحكمين عند إستصدارهم للقرار التحكيمي لقواعد المقر قد يؤدي بقرارهم إلى الإبطال في دولة المقر أولا ورفضه في مرحلة بعدية في الدولة المطلوب فيها التنفيذ بإعتبار أن القرار الصادر في الموضوع لم يصبح " نهائيا" في معنى الإتفاقية. أما إذا إحترموا إرادة الأطراف واستبعدوا بذلك القواعد الإجرائية لقانون المقر، فإن هذا الإستبعاد من شأنه أن يؤدي إلى رفض القرار التحكيمي بناء على عدم إحترامهم لهذه القواعد.

وللتأكيد على وجوب إحترام إرادة الأطراف في إختيار محكميهم، يجدر بنا أن نذكرهنا بقرار صدر عن محكمة إستئناف Florence بتاريخ 13 أفريل 1978 **(1059)** وهو القرار الذي رفضت المحكمة المعنية بمقتضاه الأمر بتنفيذ قرار تحكيمي كان قد أصدرته محكمة تحكيمية في وقت سابق بلندن. وقد تم تشكيل هذه المحكمة من محكمين إثنين وقع إختيارهما من قبل طرفي النزاع. وقد أسست هذه المحكمة رفضها ذاك على عدم قبول المحكمة التحكيمية تعيين محكم ثالث طبقا لما أراده طرفا النزاع. وعليه، فإنه يستفاد من

(1059) Arrêt cité par Ph. Fouchard. B. Goldman et E. Gaillard, op cit, pp. 1008-1009.

كل ما سبق عرضه أن محكمة إستئناف Florence قد أصابت، لما قضت برفض الأمر تنفيذ القرار التحكيمي، لأن المحكمة التحكيمية وببساطة لم تحترم إتفاقية التحكيم التي صاغها طرفا النزاع والتي تنص على أن تشكل المحكمة التحكيمية من ثلاثة محكمين وليس من إثنين فقط. مع العلم، أن هذه الإتفاقية قد نصت أيضا على السلطة المؤهلة لتعيين المحكم الثالث ولكنها لم تستجب لهذا البند. مما دفع محكمة الإستئناف السالفة الذكر إلى تبني موقف صارم من القرار التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية.

ومن ثمة، ما نستطيع قوله في هذا المضمار هو أن المادة 5 فقرة 1 (د)، سواء على مستوى تشكيل المحكمة التحكيمية أو على مستوى الإجراءات فقد كرست وبصفة جلية وواضحة مبدأ إستقلالية الإرادة (1060).

ولكن ماذا الآن عن موقف كل من إتفاقية الرياض العربية والإتفاقية المغاربية من مسألة رفض الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي بسبب عدم مطابقة تشكيل المحكمة التحكيمية وإجراءات التحكيم لإتفاقية التحكيم التي صاغها الطرفان؟

لم تتعرض إتفاقية الجامعة العربية إلى حالة عدم مطابقة تشكيلة المحكمة التحكيمية والإجراءات أيضا لإتفاقية التحكيم، وإنما أجازت فقط رفض الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي من قبل المحكمة المختصة، إذا كان قد صدر هذا القرار عن محكمين غير مختصين. وعدم الإختصاص هنا، يمكن أن يكون بناء على شرط تحكيمي أو إتفاق تحكيم أو بناء على القانون الذي طبقه المحكمون. ولكننا نرى، أن جواز رفض الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية لعدم مطابقة تشكيلتها لما إتفق عليه طرفا النزاع، هو رفض مبني على قرار صادر عن محكمين غير مختصين لعيب في التشكيلة التي جاءت مخالفة لما إتفق عليه الطرفان.

أما عن الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي، فهي لم تتعرض إلى حالة تشكيل المحكمة التحكيمية ولا إلى الإجراءات طبقا لإتفاقية التحكيم، وإنما فقط إلى حالة عدم الإختصاص، هي تشبه بذلك إتفاقية الرياض العربية. ويكون المحكمون طبقا

(1060) Bredin J.D : « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », J.D.I, 1960, p. 1022.

للإتفاقية المغاربية غير مختصين سواء، طبقا لعقد أو شرط تحكيمي إتفق عليه الطرفان، أو طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمين بمقتضاه. ويعني إختصاص المحكمين في المعنى الذي جاءت به الإتفاقية، نظرهم في مسائل لا تخرج عن المجالات التي يعترف قانون الدولة التي صدر قرار المحكمين بمقتضاه بخضوعها للتحكيم. فيصير المحكمون غير مختصين طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمين بمقتضاه، إذا كان قرارهم قد صدر في مسائل يخرجها هذا القانون من ميدان التحكيم. يمكن أن نشير في هذا الصدد على سبيل المثال، إلى المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 التي تجيز التحكيم في النزاعات التي تثير مشاكل مالية والحقوق التي يمكن التصرف فيها وكذلك النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية والمحلية، الناتجة عن علاقات دولية إقتصادية أو تجارية أو مالية (1061).

من جهة أخرى، وحتى يقع الإعتراف أو الأمر بتنفيذ قرار المحكمين، يجب أن يكون هؤلاء مختصين بناء على شرط أو عقد تحكيم صحيح وفي حدود السلطة المخولة لهم من قبل طرفي النزاع. ويعد المحكمون غير مختصين، إذا كان قرارهم تجاوز السلطة المخولة لهم من لدن الأطراف أو قضوا في مسائل هي خارجة عما أتفق عليه . كأن يفصلوا في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف، في حين لم يقع تفويضهم صفة المحكمين المصالحين طبقا لإتفاقية التحكيم. أو كأن يكونوا قد قضوا ببطلان العقد في حين لم يطلب منهم الأطراف سوى النظر في تعديل الثمن.

وهكذا، يتضح مما سبق ذكره، أن الإتفاقية المغاربية لا تشترط فقط أن يكون المحكمون مختصين طبقا لعقد أو لشرط تحكيمي صحيح حتى يمكن القضاء بالإعتراف والأمر بتنفيذ قرارهم، بل وأيضا أن يكونوا مختصين طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمين بمقتضاه، وهو القانون الذي إختاره الطرفان أو الأطراف لتنظيم العقد أو الشرط التحكيمي. ولكن، هل يجب رفض الأمر بتنفيذ قرار المحكمين كليا، أم أنه لا يقع رفض الإعتراف و الأمر بتنفيذ القرار إلا الجزء الذي جاء متجاوزا لإختصاصهم؟ الملاحظ، أنه

(1061) Bedjaoui. M et Mebroukine. A : « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », J.D.I, 3ème trimestre, 1993, p. 877.

يوجد على هذا الصعيد، إختلاف بين إتفاقية وأخرى، من الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي تعرضنا إليها. ففي حين، مكنت إتفاقية نيويورك محاكم الدول الأطراف من الإعتراف والأمر بتنفيذ الجزء من قرار المحكمين الذي صدر في حدود إختصاصهم، وذلك ضمن المادة 5 منها، فإن كلا من إتفاقية الرياض العربية لسنة 1983 والإتفاقية المغاربية قد ذهبتا أبعد من ذلك، عندما أكدت على أن رفض الإعتراف والأمر بتنفيذ القرار التحكيمي يمكن أن يشمل القرار برمته (1062) فلم تميز هاتان الإتفاقيتان بين عدم الإختصاص المطلق للمحكمين وعدم الإختصاص الجزئي. غير أنه بالرجوع إلى المادة 37 من إتفاقية الرياض العربية والمادة 40 من الإتفاقية المغاربية المتعلقتين بالإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، نجد أن هاتين المادتين تكرسان إمكانية الأمر بتنفيذ جزء من القرار التحكيمي دون الأجزاء الأخرى. الشيء الذي يؤكد إمكانية الإعتراف والأمر بتنفيذ الجزء من أحكام المحكمين الذي صدر في حدود إختصاصهم (1063). ولكن ما موقف المشرع من مسألتي وجوب مطابقة تشكيلة المحكمة والإجراءات التحكيمية لإتفاقية التحكيم التي وافق عليها الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي، وما مصير القرار التحكيمي إذا خالف إرادة الطرفين في ذلك؟ لقد جمع المشرع بين سببين يمكن أن يؤديا إلى إبطال القرار التحكيمي، إما لكون تشكيلة المحكمة التحكيمية كانت مخالفة للقانون أو لتمسك محكمة التحكيم خطأ بإختصاصها أو بعدم إختصاصها. نلاحظ في هذا المقام، تطابق التشريع الوطني مع الإتفاقيات المتعددة الأطراف وإن كان هذا التطابق هو تطابق غير مباشر، بما أنه يأتي نقلا عن القانونين الفرنسي والسويسري. بالنسبة للإختصاص، فقد وردت هذه الحالة في القانون السويسري (1064) ولم ترد في القانون الفرنسي. إن الفصل في الإختصاص خطأ و الغير مبرر يمس بالنظام العام. والقول بعدم الإختصاص الغير

(1062) راجع المادة 37 فقرة 4 من إتفاقية الرياض العربية والمادة 44 من الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي لدول إتحاد المغرب العربي، المرجع السابق.

(1063) كمال بوجاه: إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، السنة الجامعية 1993-1994، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإقتصادية، تونس 1، ص. 181.

(1064) راجع المادة 190 فقرة 2 (أ) من القانون الفدرالي السويسري للقانون الدولي الخاص.

مؤسس هو من شأنه أن يؤدي بطبيعة الحال إلى إنكار للعدالة (1065). وإن كانت حالة عدم الإختصاص في نظر أحد الفقهاء، تعد حالة نادرة وهي غير معروفة على مستوى التحكيم المؤسساتي (1066). كما يمكن أن نلمس حالة التمسك بالإختصاص خطأ، عندما تتمسك المحكمة التحكيمية بإختصاصها مع أن إتفاقية التحكيم هي باطلة. وهذا يعني، أن هذه المحكمة قد صرحت بإختصاصها خطأ. المهم، أنه في جميع الحالات، فالتمسك بالإختصاص خطأ الذي جاءت به المادة 458 مكرر 23 من شأنها أن تسمح للقاضي الوطني من رقابة إتفاقية التحكيم، من حيث وجودها وصحتها وعدم سقوطها.

من جهة أخرى، لم يغفل المشرع حالة التشكيل الغير قانوني للمحكمة التحكيمية. وهو بذلك فقد حذا حذو إتفاقية نيويورك عملا بأحكام المادة 458 فقرات 3 و4 و5. ففي الحقيقة، فقد نقل المشرع هذه الحالة من القانونين الفرنسي والسويسري.

يعتبر الفقيه Fouchard، أن عدم تشكيل المحكمة التحكيمية وفقا للقانون يمكن تجاوزه من خلال مشاركة الطرفين بدون تحفظ في الإجراءات التحكيمية، بشرط ألا تكون هذه الإخلالات ces irrégularités مست بعدم حياد الهيئة التحكيمية أو بمساواة الأطراف أو بحقوق الدفاع (1067) التي يشكل مبدأ المواجهة principe du contradictoire أحد أعمدتها. لأن رفض الإعتراف والأمر بتنفيذ القرار التحكيمي يمكن أن يكون من بين أحد أسباب خرق هذا المبدأ.

المطلب الثاني: خرق مبدأ المواجهة.

يشكل مبدأ المواجهة القاسم المشترك بين جميع الإتفاقيات المتعددة الأطراف حتى وإن إختلفت هذه الإتفاقيات في الصياغة. إن مبدأ المواجهة، لا يعني فقط عدم إعلام الخصم بالإجراءات التحكيمية أو عدم إستدعائه للحضور بصفة قانونية وعلى الوجه الصحيح.

(1065) أنظر، عليوش قربوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د. م. ج، 2001، ص. 70.

(1066) راجع المادة 1493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد والمادة 190 فقرة 2 (أ) من القانون الدولي الخاص السويسري.

(1067 Fouchard. Ph : « L’arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », J.D.I, 1982, p. 415.

وإنما أيضا أن يعرقل أو يمنع هذا الخصم من أن يستعمل كامل وسائل دفاعه. إن الإخلال بأحد هذه العناصر يشكل في حد ذاته إخلالا بمبدأ المواجهة في المعنى الواسع للكلمة.

دوليا، نسجل أنه طبقا للمادة 5 فقرة 1 (ب) من إتفاقية نيويورك، يمكن رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في حال " عدم إعلان الخصم إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو عدم تمكنه لأي سبب من إبداء دفاعه". نلاحظ من خلال قرائتنا لهذه المادة، أنه يمكن رفض تنفيذ القرار التحكيمي، إذا صدر بناء على إجراءات تحكيم لم يتم إخطار أحد الطرفين بها. أو إذا لم يخطر أحدهما بتعيين محكم له. كما أنه يمكن رفض تنفيذ القرار التحكيمي أيضا، إذا لم يكفل للخصم حق الدفاع. وبعبارة أخرى، كأن يكون قد صدر قرار تحكيمي بالرغم من عدم تمكن أحد الطرفين من إبداء دفاعه، مهما يكن السبب الذي حال دون تمكنه من ذلك.

ولكن، خلافا للسبب المتعلق بعدم صحة إتفاقية التحكيم والتي أكدت الإتفاقية الدولية بخصوصه أنه يتم النظر إليه وفقا للقانون الواجب التطبيق، فإن السبب المتعلق بإهدار حق الدفاع أوجبت النظر فيه وفقا للقواعد المادية المعمول بها في الإجراءات التحكيمية التي تتطلب في جميع الحالات، إحترام مبدأ المواجهة، بقطع النظر عن القانون الذي يحكم التحكيم. وبحكم أن العمل بهذا المبدأ أصبح معترفا به بإعتباره مبدأ دوليا الآن، فإن خرق مثل هذا المبدأ يكفي لوحده ليكون سببا وجيها ومقنعا لكي يرفض تنفيذ القرار التحكيمي على أساسه (1068) بالإضافة إلى أنه يعد في حد ذاته جزءا لا يتجزأ من العدالة الإجرائية la justice procédurale التي لا يمكن أن تقوم أو تستقيم بدونه (1069) ومن وجهة نظرنا، فإن الميزة التي تتميز بها إتفاقية نيويورك، هو وضعها لمبدأ المواجهة كمبدأ شامل. فهو لا يعني فقط مجرد عدم إعلام الطرف الآخر بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم. ولكن، الأهم، هو أنه يعني أيضا عدم السماح للطرف الآخر بإبداء رأيه وعرض إدعاءاته وتقديم وسائل دفاعه. و هذا المنع قد يكون سببه تقاعسا من جانب المحكمة التحكيمية أو تصرفا

(1068) Sur la nature internationale du principe du contradictoire, voir Fouchard. Ph : L'arbitrage commercial international, Paris, 1965, LGDJ Vol II , p. 343.
(1069) Voir Fouchard. Ph, Goldman. G et Gaillard. E: op cit, p. 1001.

لا إخلاقي ولا قانوني من جانب الخصم، الطرف في النزاع، كأن يخفي هذا الطرف على خصمه وثائق كان من المفترض أن يطلع عليها قبل عرضها على المحكمة. وبما أن إحترام مبدأ حق الدفاع من عدمه هو من المسائل المادية التي تخضع إلى تقدير القاضي. وبناء عليه، فإنه يعود لقاضي دولة التنفيذ تقدير مدى إحترام أحد الطرفين في النزاع، الدولة أم المستثمر الأجنبي لمبدأ حق الدفاع. مثلا، تقدير إستحالة إستعمال حق أحد الخصمين في الدفاع هل هي جدية أم هي مجرد إدعاء لا يستند إلى واقع ولا إلى إتفاقية دولية أو جهوية يمكن أن يرتكز عليها للمطالبة برفض تنفيذ القرار التحكيمي.

أما على المستويين العربي والمغاربي، فإن كلا من إتفاقية الرياض العربية وإتفاقية راس لانوف المغاربية، قد أجازتا رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي " إذا كان الخصوم لم يعلموا بالحضور على الوجه الصحيح" (1070). يعد عدم إعلام أحد الطرفين أو الأطراف إعلاما صحيحا بالحضور وجها آخر من وجوه خرق مبدأ المواجهة في معناه الواسع. ولكن، خلافا لإتفاقية نيويورك التي جاءت دقيقة من حيث موضوع الإعلام، ذلك أنها تكلمت عن إعلام الطرف الخصم في خصوص تعيين المحكم أو إجراءات التحكيم. وهما عنصران قد غابا في الإتفاقيتين العربية والمغاربية. إذ جاءت الصياغة في الإتفاقيتين مقتضبة وغير دقيقة. ذلك أنها إكتفت بإدراج عبارة الإعلام بالحضور أو الإستدعاء للحضور مثلما جاء في الإتفاقية المغاربية دون أي إضافة أخرى. والأهم من ذلك كله، هو أن الإتفاقيتين السالفتين لم تنصا إلى جانب حالة عدم الإعلام بالحضور على وجه الصحيح باعتبارها حالة من حالات رفض التنفيذ، على إجازة رفض التنفيذ عندما لم يتمكن الطرف في النزاع من ممارسة حقه في الدفاع تحت أي ذريعة كانت. نعتقد أن إسقاط الإتفاقيتين لهذا السبب الأخير، لا يعني تغافلها عن مبدأ جوهري مثل حق الخصم أو الخصوم بوجه عام في تقديم دفوعاتهم والتمسك بحقوقهم، إذا أخذنا في عين الإعتبار أن مبدأ المواجهة Le principe du contradictoire لا يعني فقط الإعلام بالحضور بل تمكين

(1070) راجع المادة 37 (د) من إتفاقية الرياض العربية لسنة 1983 والمادة 44 (ه) من الإتفاقية المغاربية لسنة 1991، المرجع السابق.

الخصوم من عرض وجهة نظرهم وإبداء دفاعهم. ولكن، ماذا لو لم يعلم الخصوم إعلاما صحيحا بالحضور، ولكنهم حضروا دون هذا الإعلام وصدر القرار التحكيمي في حقهم، فهل عدم الإعلام هذا، بالوجه الصحيح يكفي ليعد سببا لرفض التنفيذ؟ من وجهة نظر أحد الفقهاء، الأهم هو الغاية. وبما أن الغاية قد تحققت ألا وهي تمكن هؤلاء الخصوم من إبداء دفاعهم، فإنه لا داعي لرفض القرار التحكيمي بالرغم من عدم إعلامهم إعلاما صحيحا بالحضور (1071).

نرى من وجهة نظرنا، أن إعلام الخصوم على الوجه الصحيح من الناحية الإجرائية، لا يمكن الإستغناء عنه وطرحه جانبا بالقدر الذي يجب أن نولي إهتماما بحق الدفاع الذي يجب أن يكون مكفولا، لأن هذا العنصر هو مرتبط بذاك. والغاية حتى وإن تحققت، فلا يمكن أن تبرر أو تحجب عنا الوسيلة التي يجب أن تكون سليمة. والوسيلة هنا، إنما هي إعلام الخصوم إعلاما صحيحا بالحضور لأن إعلاما ما غير مستوفي الشروط من شأنه أن يمنح الفرصة للأطراف الأخرى بأن يتمسكوا به للمطالبة برفض تنفيذ القرار التحكيمي. وهذا يكفي لوحده لربح المعركة الإجرائية أمام قاضي التنفيذ وتجريد القرار من أي فعالية يمكن أن تكون له. ولهذا، فنحن مع الإقتراح الذي يقول بتعديل نص الإتفاقية العربية في هذا الشأن، وصياغتها صياغة بديلة بحيث تصبح " يجب أن يكون حكم المحكمين صادرا بناء على إجراءات صحيحة" (1072). وبذلك تكون موسعة إلى تمثيل الخصوم في الدعوى وإبداء هؤلاء لوجهات نظرهم ودفاعهم أثناء سير الدعوى. ولكن حسب أي قانون يتم التحقق من صحة إستدعاء أو إعلام الخصوم من عدمه؟ في حين تذهب إتفاقية نيويورك في المادة 5 منها إلى أن تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات المتبعة أمامها تخضع لإتفاق الأطراف، وفي صورة غياب هذا الإتفاق إلى قانون الدولة الواقع على إقليمها التحكيم. فإن إتفاقية الرياض العربية تكتفي بالتنصيص على أنه لا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن ترفض تنفيذ

(1071) راجع إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 199.

(1072) إبراهيم أحمد إبراهيم نفس المرجع.

القرار التحكيم إلا في حالة ما إذا كان الخصوم لم يعلموا بالحضور على الوجه الصحيح، بدون أن تبين حسب أي قانون.

أما بالنسبة للإتفاقية المغاربية، فيمكن القول أن المقصود بالإستدعاء على الوجه الصحيح، أن يقع الإستدعاء وفقا للطرق المقررة في الإتفاق، إن وجد إتفاق حول هذه المسألة. كأن يقع الإتفاق على طريقة معينة للإستدعاء ومكان الإستدعاء.

فإن لم يوجد إتفاق حول هذه المسائل، فإن الإستدعاء يتم وفقا للقواعد المنصوص عليها بالباب الأول من القسم الثالث تحت عنوان "إرسال الأوراق والوثائق القضائية وغير القضائية وتبليغها" أي حسب قانون الدولة الواقع فيها الإستدعاء.

ولكن ماذا عن مبدأ المواجهة في الإجتهاد التحكيمي؟ لقد أثير هذا المبدأ في معنى عدم كفالة حق الدفاع أمام محكمة الإستئناف الفدرالية بالولايات المتحدة الأمريكية. ويتعلق الأمر بتنفيذ قرار تحكيمي صدر عن محكمة تحكيم ثلاثية، شكلت طبقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية. ويتعلق النزاع الذي جمع بين الشركة المصرية "ركتا" وهي الشركة العامة لصناعة الورق والشركة الأمريكية Parsm and Whittemore **(1073)** باتفاق أبرم في نوفمبر سنة 1962 قصد إنجاز مصنع للورق بمدينة الإسكندرية وبتمويل من هيئة التنمية الدولية (A.I.D). كما تضمن بندا ينفي مسؤولية الشركة الأمريكية، إذا ما تأخرت في تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادتها.

وقد عمل بهذا العقد حتى قيام حرب سنة 1967، إذ غادر موظفو الشركة الأمريكية على إثرها. ثم في نفس السنة قطعت مصر علاقاتها الدبلوماسية مع الولايات المتحدة الأمريكية وأبعد الأمريكيون ما عدا من تحصل على تأشيرة خاصة. وتمسكت الشركة الأمريكية بشرط القوة القاهرة جراء ذلك، فطلبت شركة "راكتا" التحكيم للرد على هذا الإدعاء ولطلب التعويض. وبناء على هذا الطلب، شكلت محكمة التحكيم التي أصدرت قرارا تمهيديا يقر بوجود حالة القوة القاهرة. ثم في مارس سنة 1973 أصدرت المحكمة حكمها النهائي الذي أدانت فيه الشركة الأمريكية وألزمتها بالتعويض

(1073) Voir Courteau et Pierre : « L’exécution des sentences arbitrales internationales aux U.S.A », Rev. arb, 1976, n° 1, p. 61.

وبالمصاريف وبأتعاب المحكمين. وعندما طالبت شركة "راكتا" المصرية تنفيذ الحكم في الولايات المتحدة، دفعت الشركة الأمريكية بوجوب رفض التنفيذ وإستندت في ذلك إلى خمسة أسباب. وكان من بين هذه الأسباب، هو أن محكمة التحكيم لم تكفل حقوق الدفاع للشركة الأمريكية. ذلك أنها لم تمكنها من الإستماع إلى شاهد، بالرغم من أنها إعترفت سابقا بأهمية هذا الشاهد وهو القائم بأعمال الولايات المتحدة في مصر أثناء حرب 1967. إذ كان من المقرر أن يحضر مؤتمرا بإحدى الجامعات الأمريكية في اليوم المحدد لسماع شهادته. ورفضت المحكمة أن تحدد له يوما آخر في تاريخ لاحق. لم يقبل القاضي هذا الدفع، لأن شهادة هذا الشاهد قد تضمنها إقراره الخطي الذي إستخلصت منه محكمة التحكيم ما تريده من سماع أقواله. لذلك ولأسباب أخرى، رفض القاضي في 23 ديسمبر سنة 1974 الطعن في تنفيذ قرار التحكيم.

ولكن، هل يمكن أن نجد نفس المبدأ، أي مبدأ المواجهة في القانون الجزائري للتحكيم؟ نصت المادة 458 مكرر 23 على أنه " لا يجوز إستئناف القرار الذي يسمح بالإعتراف والتنفيذ إلا في الحالات التالية ": ومن بين الحالات التي ذكرها المشرع حالة عدم مراعاة مبدأ حضور الأطراف. لقد وقع التركيز هنا على حضور الأطراف في إطار ما يسمى بمبدأ المواجهة. وبهذا المبدأ، يكون المشرع في تجاوب تام مع الإتفاقيات المتعددة الأطراف وخاصة الإتفاقيتين، العربية والمغاربية اللتان نصتا صراحة – مثلما رأينا – على حالة عدم توجبة الإستدعاء للحضور إلى الخصوم على الوجه الصحيح وإنعكاس ذلك على تنفيذ القرار التحكيمي. بالإضافة إلى أن عدم مراعاة مبدأ حضور الأطراف قد ورد في القانونين الفرنسي والسويسري **(1074).**

إن حضور الأطراف أو الطرفين وإحترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الخصوم أثناء سير الدعوى. كل هذه المبادئ تشكل جزءا لا يتجزأ من مبدأ أساسي كبير un grand principe ألا و هو مبدأ المواجهة الذي على المحكمين إحترامه **(1075)** بإعتباره

(1074) راجع المادة 190 فقرة 2 (د) من القانون الدولي الخاص السويسري والمادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

(1075) Mebroukine. A : « Actualité du droit algérien de l'arbitrage international », in Rev Droit des affaires n° 3, 1994, p. 343.

الضمان لكل عدالة حتى ولو كانت هذه العدالة هي عدالة خاصة (1076).

بالإضافة إلى أن المساواة بين الطرفين، الدولة والمستثمر الأجنبي، وحقهما في أن يستمع إليهما في إطار إجراءات حضورية، يشكلان مبدئين أساسيين من المبادئ التي يقوم عليها النظام العام الإجرائي في مجال التحكيم.

وقد حام جدل حول علاقة مبدأ حق الدفاع بمبدأ المواجهة بين الخصوم. إذا رأى بعض الفقهاء أن إحترام حقوق الدفاع هو نتيجة لمبدأ المواجهة بين الخصوم، على أن الرأي الفقهي الأسلم يعتبر أن مبدأ المواجهة هو أحد تطبيقات مبدأ حق الدفاع. "فالمواجهة بين الخصوم ترمي إلى تمكين كل طرف من الدفاع عن مصالحه. ويتأتى ذلك بسماعه لعرض وجهة نظره والإطلاع على كل الوثائق المدلى بها ومناقشتها كإبداء ماله من دفوعات وملحوظات في إجراء الأبحاث ونتائجها وخاصة حضور أعمال التحقيق حتى يركز القاضي حكمه إعتمادا على الجدل الذي يدور بين الخصم والمؤيدات المدلى بها في القضية" (1077) وهو ما يفترض أن يقع أولا إستدعاء أطراف النزاع وأن يتولى المحكمون سماع دفوعاتهم على قدم من المساواة. ولهذا الغرض، فغالبا ما يقع ربط مبدأ حق الدفاع بمبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ المواجهة بين الخصوم لدرجة أن أحد شراح القانون في تونس (1078) إعتبر أن التفريق بينهما إنما هو لغاية منهجية بحتة وعلى هذا الأساس، فقد حرصت مثلا محكمة الإستئناف بتونس على التثبت من إستدعاء الأطراف أمام هيئة التحكيم بدليل ما جاء في أحد قراراتها من أنه "يتضح بالرجوع إلى القرار التحكيمي أن المطلوب قد وقع إستدعاؤه للحضور لدى هيئة التحكيم ودعي للدفاع عن نفسه. فقدم جوابه متمسكا بالأساس بنقاط شكلية. وحيث يخلص من ذلك أنه وقع إحترام القواعد المتعلقة بالإستدعاء وبحق الدفاع" (1079).

(1076) Lalive. P et Gaillard. E : « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », in J.D.I, 4, 1989, p. 952.

(1077) أنظر عبد ا الأحمدي، القاضي والإثبات في النزاع المدني.

(1078) Voir Ouerfli. A, « L'arbitrage peut-il prendre une injonction de payer », in Rev. Tunisienne. Droit et législation, mai 1999, p. 37 et s.

(1079) محكمة الإستئناف بتونس، قرار عدد 27 بتاريخ 17 مارس 1998 في إكساء قرار تحكيمـي دولـي بالصـيغة التنفيذية بين الشركة اليونانية بلكان كارنياكس ضد مؤسسات بن الصادق ذكره أ. الأحمدي، المرجع السابق.

وبعد ما رأينا الأسباب التي من الممكن أن تؤدي إلى رفض تنفيذ القرار التحكيمي بناء على طلب أحد الطرفين في النزاع، الدولة أو المستثمر الأجنبي. فتجدر الإشارة إلى أنه توجد أسباب أخرى يمكن الإرتكاز عليها في رفض تنفيذ القرار، ولكن هذه المرة، ليس بناء على طلب أحد الخصمين اللذان سبق وأن ذكرناهما، وإنما المحكمة ذاتها هي التي تقدر من تلقاء نفسها ما إذا كانت الأسباب التي تستدعي رفض تنفيذ القرار التحكيمي هي متوفرة أم لا.

الفصل الثاني: حالات رفـ f المحكمة تنفيذ القرار التحكيمي من تلقاء نفسها.

في الحالات التي سبق أن تعرضنا إليها، سواء في إطار إتفاقية نيويورك أو في إطار الإتفاقيتين العربية والمغاربية، لاحظنا أنه لا يتم رفض تنفيذ القرار التحكيمي، إلا إذا تمسك بذلك الطرف الذي صدر القرار ضده وتمكن من إثبات وجود إحدى الحالات السابق ذكرها.

ولكن هذه الإتفاقيات قرت أيضا، لمحاكم الدولة المطلوب منها التنفيذ، رفض تنفيذ القرار التحكيمي من تلقاء نفسها وبدون أن يكون هنالك تمسك من جانب أي من الطرفين في إحدى الحالتين التي أوردتهما هذه الإتفاقيات. الحالة الأولى، لعدم قابلية النزاع للتحكيم (مبحث 1). أما الحالة الثانية، فعندما يكون هنالك تعارض بين تنفيذ القرار التحكيمي والنظام العام (مبحث II).

المبحث الأول: عدم قابلية النزاع للتحكيم.

يفرق الفقه بين عدم قابلية النزاع للفصل فيه عن طريق التحكيم بسبب موضوعه. ويطلق على هذا النوع من عدم القابلية، بعدم القابلية الموضوعية أو عدم القابلية القائم على طبيعة النزاع (مطلب 1)، وعدم القابلية التي تستند إلى صفة أحد الطرفين، الدولة أو المستثمر الأجنبي. ويطلق على هذا النوع الثاني من عدم القابلية، بعدم القابلية القائم على الإعتبار الشخصي (مبحث II).

المطلب الأول: عدم القابلية الموضوعية لتسوية النزاع عن طريق التحكيم.

تنص المادة 5 فقرة 1 (ب) من إتفاقية نيويورك على أنه " يجوز أيضا رفض الإعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه، إذا ما تبين للسلطة المختصة في الدولة المطلوب

الإعتراف بالحكم أو تنفيذه فيها، أن موضوع النزاع مما لا يجوز التحكيم فيه، طبقا لقانون هذه الدولة ..." يستفاد من قرائتنا لهذه المادة، أنه يتعين أن يكون النزاع الذي إتفق الأطراف أو الطرفان على إخضاعه للتحكيم من النزاعات التي يجوز حلها عن طريق التحكيم. وبناء عليه، فإنه إذا قام قرار تحكيمي على نزاع هو غير قابل للتحكيم، جاز للقاضي الوطني أن يرفض الإعتراف بهذا القرار وتنفيذه، إذا تبين له أن قانونه الوطني ينص على عدم قابليته للتحكيم.

أما إذا كان النزاع الذي صدر على أساسه القرار التحكيمي لا يجوز أن يسوى عن طريق التحكيم وفقا لقانون إرادة الطرفين أو لقانون مكان صدوره. ففي هذه الحالة، يعتبر إتفاق التحكيم L'accord sur l'arbitrage غير صحيح. مما يمكن المحكوم ضده من أن يتمسك برفض تنفيذ القرار التحكيمي طبقا للفقرة الأولى من المادة الخامسة من الإتفاقية.

يرى الفقيه Henri Motulsky أن المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك قد ذهبت بعيدا لما منحت القاضي الوطني للدولة المضيفة باعتبارها دولة التنفيذ، إمكانية رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي من خلال تصوراتها الخاصة والمتعلقة بالمواد القابلة للفصل فيها عن طريق التحكيم (1080).

نرى أن وضع تصنيف للمواد، ما هي قابلة للتحكيم وأخرى ليست قابلة للتحكيم، هي من صلاحيات الدولة. وهي تعد جزءا لا يتجزأ من حقها في ممارسة السيادة التشريعية على إقليمها. بالإضافة إلى أن مثل هذا التصنيف هو قائم على جملة من العوامل اللصيقة بمجتمع ما مثل الدين والتاريخ والتراث والعقلية الإجتماعية والسياسية لهذا المجتمع، بالإضافة إلى العامل الإقتصادي، إذا كانت هذه الدولة أو تلك هي من الدول السائرة في طريق النمو أم لا.

إن هذه العناصر جميعها لا يمكن تجاهلها. ولهذا الغرض، نرى أن إتفاقية نيويورك، لما منحت الدولة المضيفة حرية تحديد من بين النزاعات، ما هي قابلة لأن

(1080) Fouchard. Ph, Goldman. B et Gaillard. E : op cit, p. 1010.

تسوى عن طريق التحكيم وأخرى لا يمكن. فهي محقة في ذلك للإعتبارات التي سبق وأن ذكرناها.

ولكن من جهة أخرى، وحتى يمكن إستبعاد سلطة الرقابة التي يمارسها قاضي الدولة، يسعى بعض الفقهاء إلى الربط بين مسألة قابلية النزاع للتحكيم والنظام العام الدولي، للقول بأن عدم قابلية النزاع للتحكيم ليس إلا وجها من أوجه الرقابة على النظام العام الدولي (1081).

نرى أن هذا الموقف هو محاولة من جانب هؤلاء، إلى الحد من قدرة الدولة على تحديد المواد التي تراها هي قابلة للتحكيم بكل حرية. وما ربطها بمصطلح النظام العام الدولي الذي لم يتشكل بعد، إلا سعي من هؤلاء أيضا إلى تدويل المسألة ومحاولة إخضاعها إلى معايير دولية لا يمكن الإعتراض عليها أو مناقشتها في العلاقة الغير متوازنة التي تربط بين الدولة والمستثمر الأجنبي المتفوق تكنولوجيا. وفي نفس الإتجاه، يعتبر أحد الفقهاء أن المبدأ هو قابلية النزاع للتحكيم، وأن الإستثناء أي عدم قابلية النزاع للتحكيم يتعلق فقط بالحقوق التي هي غير قابلة للتصرف فيها Indisponibles أو بمجالات تعد من الإختصاص الحصري للمحاكم أو للهيئات الدولية بناء على أحكام تتصل بالنظام العام الدولي (1082).

بينما فقيه آخر، يضيف إلى جانب تعلق عدم قابلية النزاع للتحكيم بالنظام العام الدولي مبدأ آخر، ألا وهو مبدأ إستقلالية إتفاقية التحكيم. فيرى أن القرار الذي يقدر مسألة القابلية على أساس مبدأ إستقلالية إتفاقية التحكيم وفي الحدود التي يسمح بها النظام العام الدولي، من المرجح ألا يكون عرضة لعدم التنفيذ من جانب القاضي الوطني (1083).

ولكن ماذا عن موقف الإتفاقيتين، العربية والمغاربية من مسألة عدم قابلية النزاع للتحكيم في المعنى الموضوعي للكلمة؟

(1081) Voir par exp. Fouchard. Ph : L'arbitrage commercial … op cit, p. 548.
(1082) Voir Hanotiau. A : « L'arbitrabilité et la faveur arbitrandum : un réexamen », J.D.I, 1994, p. 899 et s.
(1083) Dimolitsa. A : « Autonomie et « Kompetenz – Kompetenz" », Rev.arb, n° 2, p. 351.

في الحقيقة، لا تبتعد هاتان الإتفاقيتان عن إتفاقية نيويورك الدولية. فهي تعترف أيضا لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي بحرية تقرير ما إذا كان موضوع النزاع هو قابل للتسوية عن طريق التحكيم أم لا. وعلى هذا الأساس، فإذا طلب من قاضي إحدى الدول الأعضاء في الإتفاقية تنفيذ قرار تحكيمي يكون قد صدر في دولة متعاقدة أخرى، فإنه يجوز له أن يرفض تنفيذ هذا القرار إذا ما تبين له أن هذا القرار قد صدر في مسألة لا يجيز قانون القاضي حلها عن طريق التحكيم. ثم إلى جانب كون هاتين الإتفاقيتين قد حذت حذو إتفاقية نيويورك، فهي أيضا في وفاق تام مع كل من إتفاقية جنيف لـ 28 سبتمبر سنة 1927 والإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 21 أفريل سنة 1961 اللتان تمنحان الدولة كامل الحرية في تحديد المواد القابلة للتحكيم من عدمها. والغاية من هذا التحديد في الواقع، هو أن هنالك من المسائل مما تتجاوز المصالح الفردية للأشخاص لتعلقها بالصالح العام وبالنظام العام. ونظرا لأهمية هذه المسائل، إرتأت هاتان الإتفاقيتان إخضاعها إلى رقابة السلطة القضائية للدولة المضيفة بإعتبارها دولة التنفيذ، لأنها الوحيدة التي يمكن أن تسهر على النظام العام وتحميه. فلا يسمح وفقا لقانونها بإخضاعها إلى التحكيم سوى تلك التي لا تتعارض وهذا النظام (1084).

إلا أنه من الممكن، أن تأخذ مسألة قابلية النزاع للتحكيم طابعا مميزا طبقا لقانون الدولة الواحدة، تبعا لما إذا كان الأمر يتعلق بعلاقات وطنية أم بعلاقات ذات طابع دولي. فقد تمسكت شركة Oversas في نزاعها مع شركة "راكتا" المصرية في النزاع الذي سبق وأن تعرضنا إليه، بأنه لم يكن مقبولا أن يكاف محكم أجنبي بحل نزاع حول مسائل تتعلق بالمصلحة الوطنية. وأنه يتعين طبقا للمادة 5 من إتفاقية نيويورك رفض تنفيذ القرار التحكيمي متى كان موضوع النزاع لا يقبل التحكيم وفقا لقانون بلد التنفيذ وهي الولايات المتحدة في الدعوى الحالية.

(1084) راجع كمال بوحاه: المرجع السابق، ص. 174.

إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع وقررت بناء عليه، أن تأخذ بنفس المبدأ الذي أخذت به المحكمة العليا الأمريكية في قضية Sherk c/Alberto Culver ألا وهو مبدأ التفسير الضيق لعدم قابلية النزاع للتحكيم. و لكن، بالرغم من أن المحكمة تقبل أن تكون المصلحة الوطنية في بعض الحالات سببا لإعتبار بعض النزاعات غير قابلة للتحكيم، فإنها رفضت ما تدعيه الشركة الأمريكية في قضية الحال. فعدم تنفيذ عقد تجاري لا يعتبر سببا كافيا للمساس بالمصلحة الوطنية مما دفع المحكمة إلى رفض تنفيذ القرار التحكيمي موضوع الطعن.

ولكن ماذا الآن عن موقف المشرع من قابلية أو عدم قابلية النزاع للتحكيم في إطار القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم؟ وهل يمكن أن نجد إمتدادا للحلول التي جاءت بها الإتفاقيات المتعددة الأطراف في هذا القانون، من حيث حق الدولة في تصنيف ما هو قابل للتحكيم وما هو غير قابل للتحكيم؟ تنص المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 على أنه " تلغى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وتستبدل بالأحكام التالية: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها. ولا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم". يستفاد من هذه المادة أن الحقوق الغير قابلة للتحكيم هي الحقوق التي لا يملك الأشخاص حرية التصرف فيها. ويمكن تصنيف هذه الأخيرة إلى حقوق غير قابلة للتصرف فيها بصفة مطلقة أو بالطبيعة، كالحالة والأهلية إلى جانب حقوق أخرى تعتبر حقوقا قابلة للتصرف فيها جزئيا كالحقوق المالية الناشئة عن الذمة العائلية كالنفقة العائلية مثلا. المهم، أنه بالنسبة للمشرع، فكل النزاعات التي تتعلق بالمسائل المالية هي قابلة للتحكيم، ما عدا المسائل التي تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم والإلتزام بالنفقة وحقوق الإرث والمسكن والملبس.

من جهة أخرى، فقد إستثنى المشرع من التحكيم أيضا، المسائل المتعلقة بالنظام العام. وهذا يعني، أن بعض المسائل لا يجوز إخضاعها إلى التحكيم، كالحقوق التي لا يمكن التصرف فيها. فإذا أخضعت إلى التحكيم، تعتبر قد إنتهكت النظام العام. وإن كان الفقيه إسعد، يعتبر أن الجزائر هي الآن في حالة إنتقال من الإقتصاد الموجه إلى إقتصاد

السوق. ومن غير المستبعد أن تشهد النصوص القانونية بالتبعية نفس التغيير. فبعض الأفكار – حسب قوله – التي إعتقدنا أنها ممنوع المساس بها لعلاقتها بالنظام العام، يمكن أن تهتز في المستقبل (1085). لكننا من جهتنا، نرى أن المسائل التي هي لصيقة بمفهوم النظام العام الداخلي، إنما هي مسائل تعد من الثوابت لأنها مرتبطة بطبيعة المجتمع وبقيمه، ولا يمكن تحويلها في لحظة إلى سلعة قابلة للتداول وللتحكيم بسهولة، مثل الإلتزام بالنفقة الذي له جذور عربية وإسلامية (1086). فهو لا يزال – في نظرنا – مرتبطا بفكرتي الرعاية الأسرية والتضامن. فلا مناص إذن، من إستبعادها من أي تحكيم. وهي بالتالي، تظل تشكل جزءا لا يتجزأ من النظام العام في مفهومه الداخلي. وإن كان من الفقهاء، من يرى أن مصطلح " نظام عام" عندما يتعلق الأمر بتحديد المواد الغير قابلة للتحكيم، يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا، لأن أي قاضي وطني يمكن لأي سبب كان، إلحاق أية مادة بالنظام العام قصد إستبعادها من مجال التحكيم. وعليه، فهو يعتبر أن مصطلحين مثل: " نظام عام" "وقابلة النزاع للتحكيم" تعدان من المصطلحات القانونية التي لا يمكن بإسم السلطة التقديرية للقاضي، أن يفلتا من رقابة محكمة النقض (1087). إلا أنه خارج المسائل التي لا يجوز إخضاعها للتحكيم تحت أي ذريعة كانت، هناك من المسائل التي تشكل الإستثناء وهي المسائل التي تعد ضرورية بالنسبة لعلاقات الجزائر الإقتصادية بالمستثمرين الأجانب دون المساس بطابع النظام العام الدولي لها، خصوصا بعد مصادقة الجزائر على العديد من الإتفاقيات المتعددة الأطراف وإدراج المشرع لمصطلح " نظام عام دولي" في قانون الإجراءات المدنية المعدل. وللتأكيد على وجود علاقة وثيقة بين هذا النظام ومسألة قابلية النزاع للتحكيم،تؤكد محكمة الإستئناف بباريس في قرار صادر عنها سنة 1991 "أن المحكم عندما يتعلق الأمر بالنظر في جوازية خضوع النزاع للتحكيم، عليه أن يأخذ في

(1085) Issad. M : op cit, p. 384.

(1086) فمثلا الإلتزام بالنفقة الذي يقع على الزوج والوارد في المادة 37 من قانون الأسرة بما فيها الغذاء والملبس، إنما جاء تطبيقا لقوله تعالى في الآية 34 من سورة النساء "... والرجال قوامون على النساء..."

(1087) El Geddacy. A.K : « L'arbitrage du litige en droit égyptien, une ouverture au commerce international » in le rôle de l'Etat dans le développement de l'économie, Approches nationales, éd I.N.D.E.I.F., 1997, pp 647-653, spéc, p. 650.

عين الإعتبار النظام العام الدولي. وهو الذي يملك سلطة تطبيق المبادئ والقواعد المتعلقة به، وكذلك توقيع الجزاء عند التجاهل المحتمل له، تحت رقابة قاضي الإلغاء" (1088).

ولكن، هل يمكن إعتبار النزاعات الناشئة عن العقود الإستثمارية التي أبرمتها الدولة هي الإستثناء، وعدم القابلية للتحكيم في مواد أخرى هي القاعدة ؟ في الحقيقة، منذ سنوات خلت، أي قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية، بعض النزاعات المتعلقة بإستغلال الثروة، وخاصة منها الثروة البترولية كانت تعد غير قابلة للتحكيم، باعتبارها مواد تخضع مبدئيا إلى إختصاص المحاكم الوطنية. أما الآن، فبعد أن أصبح اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود ممكنا، خاصة بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية وإنضمام الجزائر إلى العديد من الإتفاقيات المتعددة الأطراف، فإن قابلية نزاعات الدولة مع المستثمرين الأجانب للتحكيم أصبحت هي القاعدة، أما عدم قابلية بعض المواد للتحكيم، فقد أضحت الإستثناء. والدليل على ذلك، أن المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، قد أحصت المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، بينما جاءت العديد من المواد الأخرى، لتؤكد على إمكانية إخضاع النزاعات التي تكون الدولة طرفا فيها إلى التحكيم. نذكر منها على سبيل المثال المادة 458 مكرر 1 التي تنص على أنه "تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة". وكذلك المادة 458 مكرر التي تنص على دولية التحكيم: " يعتبر دوليا بمفهوم هذه المادة، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج". ويستفاد من هذين النصين وغيرها من النصوص الأخرى المتعلقة بالتحكيم، أن إرادة المشرع قد إتجهت إلى جعل إمكانية إخضاع أغلب النزاعات إلى التحكيم هي القاعدة. أما الإستثناء، فهو عدم إخضاع بعض النزاعات فقط إلى التحكيم.

أما وقد أدخل المشرع الجزائري ولأول مرة مصطلحا جديدا ألا وهو مصطلح "نظام عام دولي"، فهذا من شأنه أن يمنح القاضي الوطني سلطة أوسع في أن يرفض الإعتراف و الأمر بتنفيذ أي قرار تحكيمي بحجة أنه يخالف هذا النظام. و إن كان المبدأ

(1088) Paris, 1ère ch. civ, 29 mars 1991, Sté Gasy et autres c/ Sté nationale des chemins de fer tunisiens, Rev.arb, 1991, p. 478, note L. Idot.

– مثلما أشرنا إليه سلفا – هو أن كل المسائل التي تشتمل على جانب مالي يمكن إخضاعها إلى التحكيم ماعدا الحقوق التي لا يجوز التصرف فيها وكذلك الحقوق المالية التي أتى المشرع على ذكرها عن طريق الحصر مثل المسكن والملبس والنفقة الغذائية (1089). وهذه الحقوق تعد من المتطلبات الحياتية التي لاغنى عنها خاصة وأنها واجبة على الزوج إزاء زوجه وأولاده طبقا لقانون الأسرة ذو الجذور الإسلامية البحتة.

ولكن، هل يمكن أن نجد نفس الإتجاه عندما يتعلق الأمر بالأشخاص الإعتباريين في إطار ما يسمى بعدم قابلية النزاع على أساس الإعتبار الشخصي، وما إنعكاسات ذلك على مصير القرار التحكيمي أمام القاضي الوطني؟

المطلب الثاني: عدم قابلية النزاع للتحكيم على أساس الإعتبار الشخصي

يقصد بعدم قابلية تسوية النزاع عن طريق التحكيم على أساس الإعتبار الشخصي، هو أنه في بعض الحالات، سواء بحكم طبيعة هذه الأشخاص أو بحكم المهام المسندة إليها، لا يمكن لها أن تخضع في نزاعاتها مع الطرف الآخر إلى القضاء التحكيمي. وهذه الصورة التي نعرضها تخص بالدرجة الأولى، الدولة والمؤسسات التابعة لها، من هيئات ذات طابع إداري، ومؤسسات عمومية ذات طابع إقتصادي أو تجاري. وينتج عن ذلك، أن الفصل في النزاعات التي تكون هذه المؤسسات طرفا فيها، تصبح من إختصاص القضاء الوطني دون سواه. وعلى هذا الأساس، يمكن أن يكون عدم قابلية النزاع من هذه الزاوية سببا من الأسباب التي يستند إليها القاضي لرفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه. وأبعد من ذلك، فإنه أيضا من غير المستبعد، حتى ولو قرر المحكم أنه طبقا لقواعد عبر وطنية Transnational تعد إتفاقية التحكيم المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي صحيحة ألا يتم الإعتراف بها وتنفيذها من قبل القاضي الوطني، إذا ما تبين له عدم قدرة هذه الدولة أو أحد الأشخاص التابعين لها على اللجوء إلى التحكيم، طبقا لقانونها الشخصي والذي عبرت عنه المادة 5 فقرة 1 (ب) من لإتفاقية نيويورك الدولية بشكل صريح. ولكن، ونحن نتكلم عن قدرة الدولة أو عدم قدرتها على اللجوء إلى التحكيم، فهل يتعلق

(1089) راجع المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93، المرجع السابق.

الأمر هنا بأهليتها أم بالسلطة المخولة لها والتي تعود إليها طبيعيا في مثل هذه الحالة للجوء إلى التحكيم، إذا أرادت هي ذلك. يرى أغلب الفقهاء، أن الحل فيما يتعلق بقدرة الدولة أو الذوات المعنوية التابعة لها على إستعمال التحكيم، يكمن في تطبيق القانون الشخصي عليها، وذلك تمشيا مع نص وروح إتفاقية نيويورك (1090).

ولكن المشكلة تبقى قائمة، في خصوص ما إذا كان منح وكالة لشخص إعتباري ما قصد إبرام إتفاقية للتحكيم باسم الدولة، يكفي للقول بأن هذه الإتفاقية هي صحيحة، وبالتالي لا خوف على مصير القرار التحكيمي الذي سيتأسس عليها، حتى وإن كانت هذه الوكالة هي غير مكتوبة ؟ ثم هل أن هذه الوكالة من شأنها أن تمنحه كامل السلطة في أن يكون طرفا كامل الحقوق في إتفاقية التحكيم ؟ في الحقيقة، في نظر الفقه (1091)، حتى وإن لم تستعمل إتفاقية نيويورك لا صراحة ولا ضمنا مصطلح " سلطة " للتعبير عن قدرة الشخص الإعتباري على اللجوء إلى التحكيم، عوضا عن مصطلح " أهلية " بصفته وكيلا عن الدولة في إستعماله لهذا التحكيم. إلا أن ذلك لم يمنع بعض البلدان التي تشترط الشكل الكتابي للوكالة من أن تتمسك في قوانينها بهذا الشرط وإعتباره سببا كافيا في حال غيابه لرفض الإعتراف بالقرار وتنفيذه (1092).

ولكن، هل يمكن أن يلقى عدم قابلية النزاع للتحكيم القائم على الإعتبار الشخصي نفس المصير، أي رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه، لعدم قدرة الشخص الإعتباري على اللجوء إلى التحكيم، في الإتفاقيتين العربية والمغاربية بإعتبارهما إتفاقيتين إقليميتين؟ جاء صراحة ضمن المادة 37 من إتفاقية الرياض العربية أنه " لا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية:ب: إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذ لشرط أو لعقد باطل أو لم يصبح نهائيا". إن هذه المادة تجد علتها في أن

(1090) راجع المادة 5 فقرة 1 (أ) من إتفاقية نيويورك.

(1091) Fouchard. Ph, Goldman. B et Gaillard. E : op cit, p. 1011.

(1092) أنظر على سبيل المثال المادة 65 فقرة 2 من قانون الإجراءات اليوناني الذي يشترط وكالة خاصة مكتوبة لفائدة ممثل الشركة التابعة للدولة اليونانية حتى يقوم هذا الأخير بإبرام إتفاقية التحكيم. ويعد هنا الشكل الكتابي شرطا لصحة الوكالة **Article cité par Dimilista. A: op cit, p. 348**.

القرار يفقد أساسه إذا قام على إتفاقية تحكيم باطلة، لكونها قد أبرمت من قبل طرفين لم تكن لهما القدرة على اللجوء إلى التحكيم. ولكن حسب أي قانون يتم التحقق من قدرتهما في أن يكونا طرفين في إتفاقية للتحكيم ؟ لم تعالج إتفاقية الرياض وكذلك الإتفاقية المغاربية هذه المسألة.

ولكن حتى مع وجود هذا الفراغ، فإنهما لن تخرجا في إعتقادنا، عن الإطار العام الذي وضعته إتفاقية نيويورك الدولية، وهو إخضاع قدرة هذه الأشخاص في اللجوء إلى التحكيم إلى قانونها الشخصي. إلا أن الإجتهاد القضائي التحكيمي، كان له موقف مغاير. فالحل المعتمد من قبل العديد من هيئات التحكيم التابعة للمؤسسات الدائمة للتحكيم، يؤكد على أن الدولة لا يمكن لها أن تتمسك بمقتضيات قانونها للتنصل من إتفاقية لتحكيم تكون قد قبلت بها طوعا. ممكن أن نذكر على سبيل المثال، القرار التحكيمي الذي صدر العام 1971 في هذه القضية، كان على المحكم أن يتصدى لنقطة مهمة تتعلق بصحة إتفاقية التحكيم التي أبرمتها الدولة الطرف في النزاع. علما، أن هذه الأخيرة لتبرر تنصلها من إتفاقية دفعت بمادة من قانونها المدني التي تنص على أن " العقود الإدارية لا يمكن أن تخضع إلى التحكيم". إلا أن المحكم قد أزاح هذا الدفع معللا موقفه هذا بأنه " إذا كانت بعض التشريعات تحظر على الدولة أو جماعة محلية عمومية اللجوء إلى التحكيم، فإن هذا الحظر ليس له أي أثر بالنسبة للعقود الدولية". مضيفا في نفس المعنى " أن النظام العام الدولي يعترض بقوة على أي جهاز عمومي يكون قد أبرم إتفاقية للتحكيم، واضعا بذلك الطرف المتعاقد الآخر في ثقة، ثم أثناء إجراءات التحكيم أو إجراءات التنفيذ، يتمسك ببطلان وفائه" (1093). ونفس الموقف، سجلناه على مستوى التحكيم الحر. ففي قرار صادر في 14 جانفي سنة 1982 في القضية التي جمعت شركة Elf Aquitaine Iran ضد شركة N.I.O.C.، جاء في إحدى حيثياته "أن المبدأ المعترف به في القانون الدولي وهو أن الدولة التي تكون مرتبطة بشرط تحكيمي مدرج في عقد مبرم بينها وبين شركة أخرى، لا يمكن

(1093) Extrait d'une sentence citée par Derains. Y, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions internationales », Rev.arb, 1973, p. 145.

لها أن تلغي وبصفة إنفرادية طريقة التسوية المتفق عليها مسبقا، بدعوى أنه محظور عليها اللجوء إلى التحكيم" (1094).

ونفس الإتجاه هذا، قد عبر عنه معهد القانون الدولي في إحدى دوراته عندما أوصى بأن " أي دولة ما أو مؤسسة أو وحدة تابعة للدولة لا يمكن لها أن تتمسك بعدم أهليتها في إبرام إتفاقية للتحكيم من أجل رفض المشاركة في إجراءاته، وهي التي قبلت به من قبل" (1095). وإن كانت هذه التوصية لم تقم في الحقيقة سوى بتكريس الحل الذي جاءت به الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي. من ذلك، حكم محكمة إستئناف باريس في قضية Myrtoon Steamship وما تبعه من أحكام صادرة عن ذات المحكمة، إلى أن توجت محكمة النقض الفرنسية عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها في قضية San Carlos، حيث أخضعت مسألة صحة إتفاقية التحكيم للقانون الذي يحكم العقد وليس للقانون الشخصي للأطراف (1096). وإنتهت في قضية Galaxis إلى عدم سريان الحضر على العقود المبرمة لحاجات التجارة الدولية ووفقا لمتطالباتها (1097). وبالمحصلة، فصحة الشرط التحكيمي الوارد في العقد الدولي المبرم من قبل الدولة أو أحد أجهزتها لم يعد يخضع لمنهج تنازع القوانين، وإنما أصبحت تحكمه قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم وهي التي تقرر صحته. ولكن، بالرغم من إستقرار هذه القاعدة وعدم مساس قانون المرافعات الفرنسي الصادر في 12 ماي 1981 بها، فإن مصداقيتها أضحت محل سؤال. ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي كان قد رفض إدراج شرط تحكيمي في العقد المبرم بين الدولة الفرنسية ومقاطعة Val de Marne والمؤسسة العمومية للمدينة الجديدة Marne la vallée من جهة وشركة Walt Disney من جهة أخرى، على إعتبار أن العقد يتعلق بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي، بينما يتعلق الأمر في واقع الحال، بعقد مبرم مع شركة أجنبية. وهو ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى التدخل من أجل حماية هذا الشرط. فأصدر نصا تشريعيا خاصا، يسمح من خلاله باللجوء

(1094) Sentence rendue par Goldman. B, in. Rev.arb, 1984, p. 418.
(1095) Session du 5-13 septembre 1988, Rev.arb, 1990. 931, obs, Fouchard. Ph.
(1096) Affaire San Carlos, voir cass. 1ère civ. 14 avril 1964, D. 64.637, note Robert, JCD 65 II 14406, note Level.
(1097) Affaire Galakis, voir cass. 1ère civ. 2 mai 1966, J.D.I, 1966. 648, note Level. Rev. crit D.J.P 1967. 553 note Goldman.

إلى التحكيم، شريطة التحقق من أن العقد يتعلق بعمليات إستثمارية لها علاقة بالمصلحة الوطنية.

وهكذا، فقد جاءت المادة 9 من القانون المذكور والصادر في 19 أوت 1986 لتؤكد على أنه "مخالفة لنص المادة 2060 من القانون المدني، يرخص للدولة وللوحدات الإقليمية والمؤسسات العمومية قبول الشروط التحكيمية من أجل حل النزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقود التي تبرمها هذه الأخيرة مع شركات أجنبية بغرض عمليات تتصل بالمصلحة الوطنية".

وبناء على كل ما سبق ذكره، ما نستطيع قوله هو أن وجود قاعدة مادية من قواعد قانون التحكيم التجاري تقر بقابلية المنازعة التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها للتحكيم أو على الأقل إعتبار هذه القابلية مبدأ من مبادئ النظام العام الدولي من نتائجها هو إستبعاد تطبيق أي قانون أجنبي يحظر على الدولة الأجنبية أو على أحد أجهزتها قبول شرط التحكيم للنيل من صحة التحكيم أو المطالبة على أساسه برفض الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي.

ففي قضية شركة Gatoil البنامية ضد الشركة الإيرانية NIOC ودعما للطعن بالبطلان الذي تقدمت به شركة Gatoil ضد قرار تحكيمي كان قد صدر في باريس في 16 جوان سنة 1989 وحتى تتنصل من إتفاقية التحكيم التي كانت قد أبرمتها مع الشركة الإيرانية NIOC سنتي 1980 و1981، تمسكت الشركة البنامية بالمادة 139 من الدستور الإيراني لسنة 1989 والذي ينص على وجوب أن يكون هناك ترخيص مسبق من قبل مجلس الوزراء وموافقة البرلمان لإستعمال التحكيم وطالبت تبعا لذلك بإبطال إتفاقية التحكيم المدرجة في العقد الدولي المبرم بينها وبين الشركة الإيرانية NIOC.

إلا أن محكمة إستئناف باريس وفي ردها على هذا الإدعاء إعتبرت أن "النظام العام الدولي يحضر على شركة NIOC من أن تتمسك في مرحلة بعدية بمقتضيات قانونها الداخلي للتنصل من التحكيم الذي جرى الإتفاق عليه".

وأيضا "لا يمكن لشركة Gatoil أن تستند في إحتجاجها في خصوص قدرة أو سلطات شركة NIOC على اللجوء إلى التحكيم على أحكام القانون الإيراني بينما النظام العام الدولي لا علاقة له بالشروط المحددة في هذا المجال من قبل النظام الداخلي الإيراني". وقد تأكد هذا الحل مع القرار الصادر في 24 فيفري سنة 1994 عن ذات المحكمة في قضية جمعت الوزارة التونسية للتجهيز بشركة Bec Frères. ويتعلق هذا النزاع بعقد كانت قد أبرمته الوزارة المعنية مع شركة فرنسية وشركة تونسية على إثر مناقصة من أجل تعبيد طريق. فقد قررت المحكمة بعد فحصها لعناصر القضية، أن "الحظر المفروض على الدولة بالنسبة للجوئها إلى التحكيم هو مقصور فقط على العقود الداخلية. وحيث أن هذا الحظر ليس من النظام العام الدولي وحيث للتمسك بصحة الشرط التحكيمي المدرج في الصفقة يكفي التأكد من وجود عقد دولي مبرم لحاجات التجارة الدولية وضمن الشروط المطابقة لأعراف التجارة الدولية" **(1098)**.

وهو ما كان قد ذهب إليه أيضا الإجتهاد القضائي التونسي على سبيل المقارنة في الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 1976/03/02 بين الشركة التونسية للكهرباء والغاز وشركة "Entrepose" الفرنسية، إذ إعتمدت المحكمة صحة الشرط التحكيمي La clause compromissoire، في حين أن الشركة التونسية للكهرباء والغاز هي من أشخاص القانون العام تأسست في شكل مؤسسة عمومية ذات صيغة صناعية وتجارية معللة حكمها بأن العلاقات التجارية لها أعرافها الخاصة وأن مسألة الحظر لا علاقة لها بشخص المتعاقدين ولا بقانونهما الخاص وإنما هي تهم موضوع العقد الذي أبرم بإرادتهما التي أصبحت تمثل قانونهما الخاص، لأن ذلك العقد هو عقد دولي أبرم من أجل تحقيق بعض الحاجات من جهة وطبق قواعد الأعراف التجارية من جهة أخرى **(1099)**.

(1098) Affaires citées par De Boisséon. M, in droit français de l'arbitrage, éd Joly, 1990, p. 59 et s.

(1099) أنظر أحمد الورفلي، "خصوصيات التحكيم في ميدان الإستثمار"، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 1، السنة 2001، من ص 57 إلى ص 94.

بعدما رأينا مراحل تطور القانون الفرنسي في خصوص قدرة الدولة أو إحدى ذواتها المعنوية على اللجوء إلى التحكيم تحت تأثير الإجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان سباقا في الفصل في موضوع قدرة الدولة على اللجوء إلى التحكيم بصفة قطعية لا مجال للشك فيه.

بقى لنا أن نسأل ما إذا كان ولا يزال عدم قدرة الدولة الجزائرية على اللجوء إلى التحكيم قائما، ويمكن أن يشكل سببا في رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه؟ لم يعد يشكل في الحقيقة موضوع عدم قابلية تسوية النزاع عن طريق التحكيم على أساس أن الدولة أو إحدى مؤسساتها العمومية محظور عليها اللجوء إلى التحكيم سببا في رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه، لأنه ببساطة ومنذ التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية لم يعد محظورا على الدولة أو المؤسسات التابعة لها اللجوء إلى هذا التحكيم. ولكن قبل هذا التعديل، يجب أن نشير إلى أنه ومنذ قانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي سنة 1988 المتضمن لقانون 19 أوت 1986 المتعلق بمجال خاص ألا وهو المجال البترولي الذي أعطى الإختصاص للمحكمة الوطنية في نزاع من المحتمل أن تكون " سوناطراك" طرفا فيها والذي عدل سنة 1991 بقانون 4 ديسمبر 1991 الذي أدخل ولأول مرة طريقة جديدة في تسوية النزاعات التي يكون أحد أطرافها " سوناطراك" وذلك بتنصيصه على الأسلوب الودي قبل اللجوء إلى التحكيم. إلى غاية التعديل الذي أشرنا إليه آنفا – والذي مس قانون الإجراءات المدنية بمقتضى المرسوم التشريعي 93-09 وذلك بإدراجه ولأول مرة، فصلا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي. ثم تأكد توجه المشرع نحو تكريس إنفتاح الدولة على التحكيم الدولي من خلال تنصيصه على هذه الطريقة في القانون المتعلق بتطوير الإستثمار لسنة 2001 والذي هو موضوع بحثنا.

أما على مستوى القانون الإتفاقي، فلا يخفى على أحد إنضمام الجزائر إلى العديد من الإتفاقيات المتعددة الأطراف وإبرامها عدد غير محدد من الإتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات مع حكومات أخرى.

وللتأكد من وجود توافق تام للقانون الدولي للتحكيم في الجزائر مع الإتفاقيات المتعددة الأطراف في خصوص النقطة التي نحن بصدد معالجتها، وهي رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه لعدم جواز تسوية النزاع لوجود حظر على أحد الطرفين لاستعماله التحكيم، هو تنصيص المشرع في المادة 458 مكرر 25 على إمكانية أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع الطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23. وبالرجوع إلى هذه الحالات، نجد حالة وجود إتفاقية تحكيم باطلة لعدم توفر أهلية الأطراف في أن يكونوا طرفا في هذه الإتفاقية. وبمعنى آخر، عدم قدرة الدولة بالذات أو إحدى مؤسساتها العمومية على اللجوء إلى التحكيم في نزاعها مع المستثمر الأجنبي. وإن كان الأستاذ إسعد يعتبر، أنه كان بالإمكان إعتبار إنضمام الدولة للعديد من الإتفاقيات الدولية والجهوية كاف والحفاظ على الحظر كمبدأ عام مع الإتيان بإستثناءات، ومعالجة الأمر حالة بحالة، على غرار التجربة الفرنسية مع قضية Walt Disney (1100).

بقى أن نشير في نهاية المطاف، إلى أن الإتفاقيات المتعددة الأطراف لم تقف عند حدود رفض المحكمة تلقائيا الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي بناء على سبب يتعلق بعدم قابلية تسوية النزاع عن طريق التحكيم على أساس الإعتبار الموضوعي أو الشخصي، بل تعدته إلى سبب آخر ألا وهو حالة رفض القرار لمخالفته النظام العام.

المبحث الثاني: تعارض تنفيذ القرار التحكيمي مع النظام العام

تنص جميع الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي إطلعنا عليها على ألا يشمل القرار التحكيمي على ما يخالف النظام العام في البلد المطلوب فيه الإعتراف والأمر بتنفيذ هذا القرار.

لكن تبني هذه الإتفاقيات للنظام العام كأحد الأسباب المؤدية لرفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه من قبل المحكمة بصفة تلقائية يدفعنا إلى البحث أولا، عن محتوى مصطلح النظام العام المنصوص عليه في هذه الإتفاقيات، لأن شكوكا وجدلا

(1100) Issad. M : « Le décret législatif … » op cit, p. 388.

كبيرا أثير حوله. وبعبارة أخرى، هل يقصد بالنظام العام في هذه الإتفاقيات بالنظام العام الداخلي للبلد المطلوب فيه الأمر بتنفيذ القرار. أم المقصود به، هو النظام العام بمفهومه الدولي أو ما أصطلح عليه منذ مدة ليست ببعيدة، بالنظام العام الدولي؟ (المطلب الأول) ثم لنقرب أكثر من هذا المصطلح، كان علينا أن نلقي نظرة على موقف الإجتهاد القضائي من هذا النظام، من خلال بعض التطبيقات التي كانت له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظام عام داخلي أم نظام عام دولي.

كان ولا يزال مصطلح " نظام عام" موضوع بحث وجدل بين الفقهاء بسبب الغموض والإلتباس اللذان يحيطان به. ومرد هذا الغموض – حسب أحد الفقهاء – هو لأنه ليس له محتوى ثابت ولكن له وظيفة محددة ألا وهي إستبعاد القوانين الأجنبي (1101) فمثلا، يعد عدم تسبيب قرار تحكيمي في ظل قانون يشترط تسبيب القرارات التحكيمية خرقا للنظام العام. كما أن خرق قرار تحكيمي لمبدأ المواجهة يعد أيضا من النظام العام. الملاحظ، أن هناك غموض في خصوص إستعمال الإتفاقيات المتعددة الأطراف لمصطلح نظام عام. والسؤال الذي يطرح في هذا الباب، هل المقصود بالنظام العام في هذه الإتفاقيات النظام العام الداخلي لدولة التنفيذ أم النظام العام الدولي. وسنحاول أن نجيب عن هذا السؤال في ضوء إتفاقية نيويورك الدولية أولا ثم في ضوء الإتفاقيات الجهوية الأخرى.

ولكن قبل ذلك، ماذا عن مصطلح نظام عام في حد ذاته؟ يمثل النظام العام بوجه عام، الحدود في مواجهة حرية الفرد في فعل ما يريد. وتجد هذه الحدود أساسا لها في المصلحة العامة التي يجب على الفرد أن يخضع لها لفائدة المجموعة الوطنية. وغالبا ما يقع الربط بين النظام العام والآداب العامة وقوانين البوليس Les lois de police.

ثم بفعل تدخل الدولة في العديد من قطاعات النشاط المرتبطة باقتصادها الوطني، ومع مرور الوقت أصبحنا اليوم، لا نستعمل مصطلح " قوانين البوليس" و لكن مصطلحا

(1101) Issad. M : Droit international privé - les règles de conflit – éd OPU, Alger, 1983, p. 196 et s.

أكثر شمولية ألا وهو مصطلح " القوانين ذات التطبيق الفوري" Lois d'application immédiate **(1102).**

أما عن مجالات تدخل هذه القوانين، فهي واسعة ويصعب تحديدها، نظرا لعلاقتها بالآداب العامة من جهة، وبالمتطلبات الإقتصادية في زمن معين، من جهة أخرى. ولهذه الأسباب، يجمع أغلب الفقهاء على أن النظام العام هو نظام متغير وغير ثابت. ويرون أنه يرجع للمحاكم التي لها السلطة التقديرية في أن تصرح بوجود حالة نظام عام أم لا، بحسب العناصر المادية المتوفرة لديها. وبناء عليه، فقد أكد الفقهاء في أكثر من مناسبة أن مصادر القوانين المرتبطة بالنظام العام كالقوانين ذات التطبيق الفوري لا يمكن أن تكون إلا قضائية **(1103).**

ولكن من جهة أخرى، لا يمكن التطرق إلى محتوى النظام العام ومجالاته مثلما عرضنا، إذا لم نأخذ بعين الإعتبار أيضا وظيفة هذا النظام في المجال الدولي الخاص الذي هو موضوع بحثنا. يجب الإعتراف هنا، بأن هذا النظام له وظيفة مزدوجة، وظيفة سلبية تتمثل في إستبعاد القانون الأجنبي لصالح قانون القاضي نظرا لتعارض هذا القانون مع المبادئ المعترف بها والتي تعد ضرورية للقرار التحكيمي ووظيفة إيجابية، في حالة ما إذا نص قانون ما، ذو تطبيق فوري على قاعدة من قواعد النظام العام. فإن هذه القاعدة تصبح واجبة التطبيق، بل وتفرض نفسها على الأطراف المتنازعة. وهذه القاعدة إنما تمثل الوجه الآخرللنظام العام.

ويمكن تصنيف النظام العام إلى صنفين: نظام عام سياسي ونظام عام إقتصادي. والذي يعنينا بطبيعة الحال، هو هذا الأخير الذي ينقسم بدوره إلى نظام عام حمائي ordre public de protection ونظام عام توجيهي ordre public d'orientation. إن كل هذه الإيضاحات حول محتوى النظام العام وتصنيفاته هو، لإستقراء هذا النظام في حد ذاته

(1102) راجع في خصوص هذه القوانين على سبيل المثال: د. هشام صادق: " مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الفوري"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، سنة 1994، ص. 107 وما يليها.

(1103) Voir Malaurie. Ph : Ordre public, in, Encyclopédie Dalloz, Rep dr civ n° 29 et s; Loussouarn. Y et Bourel. P : Droit international privé, Précis Dalloz, Paris, 1978, p. 246.

ولذاته. ثم في مرحلة لاحقة، محاولة معرفة ماذا تقصد إتفاقية نيويورك بإستعمالها لمصطلح نظام عام. هل تقصد به النظام العام الداخلي للدولة المطلوب على أراضيها التنفيذ، أم النظام العام الدولي؟ وخارج هذه الإتفاقية، هل يمكن أن نجد نفس المصطلح في الإتفاقيتين، العربية والمغاربية؟ بالنسبة لإتفاقية نيويورك، لم تستعمل هذه الأخيرة بصورة واضحة – كما قلنا – لا مصطلح " نظام عام داخلي" ولا " نظام عام دولي"، لما قررت أنه يمكن رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه عندما " يصبح هذا الإعتراف أو هذا التنفيذ يتعارض ونظام عام ذاك البلد" إلا أنه ومن أول وهلة توحي لنا العبارة التي جاءت بها المادة 5 فقرة 2 (ب) بأن الذي تعنيه اتفاقية بالنظام العام هو النظام العام الداخلي للبلد المعني، أي بلد التنفيذ. إلا أن أغلب الفقهاء من يعتبرون أنه بالرغم من كون المادة 5 فقرة 2 (ب) لم تكن واضحة البتة في خصوص إستعمالها لكلمة " نظام عام"، إلا أنه ليس هنالك من شك في أن المقصود بكلمة " نظام عام" هو النظام العام الدولي لدولة تنفيذ القرار التحكيمي، وليس النظام العام الداخلي لهذه الدولة (1104).

كما أنهم يعتبرون، أن المقصود أيضا بالنظام العام الدولي طبقا للمادة 5 فقرة 2 (ب) هو تصور الدولة المضيفة لهذا النظام، أي النظام العام الدولي مثلما تراه هي وليس "النظام العام فعلا دوليا" ordre public réellement international الذي يستمد جذوره من مجموعة قيم لدول معينة. لأنه حسب نظرهم، ليس لمصطلح نظام عام دولي أي معنى إلا لدى محكمي التجارة الدولية الذين لا يملكون قانونامختصا Lex Fori بل يرجعون في قراراتهم إلى تصودات عبر دولية لهذا النظام (1105).

وإن كان غالبا، ما يتم تعريف النظام العام الدولي بالنظر إلى النظام العام الداخلي لدولة التنفيذ. يعرف أحد الفقهاء (1106) النظام العام الدولي من خلال المبادئ التي يقوم عليه هذا النظام ومجال تطبيقية. ويستشهد هذا الفقيه بالعديد من القرارات الصادرة عن

(1104) Voir Fouchard. Ph. Goldman. B et Gaillard. E : Traité de l'arbitrage commercial international, L.G.D.J, Paris, 1997, p. 1012 n° 1711.
(1105) Fouchard. Ph, Goldman. B et Gaillard. E, op cit, p. 1014.
(1106) De Boissesson. M : Le droit français de l'arbitrage interne et international, L.G.D.J, Paris, 1990, p. 844.

محكمة الإستئناف بباريس والتي تبرر هذا التعريف. مثلا، في القضية التي أثار فيها أحد الأطراف أمام المحكمة خرقا لمادة من القانون اليوغسلافي تتعلق بسوء تنفيذ عمليات إستثمارية من قبل مستثمرين أجانب. ردت المحكمة على هذا الدفع بقولها:" بأنه لا يتعلق الأمر هنا بخرق مبدأ أساسي من مبادئ النظام العام الدولي الوحيد المستهدف من قبل المادة 1502 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية الجديد". وورد في قرار صادر عن نفس المحكمة أن تحريف إتفاقية من قبل المحكمين لا يمكن أن يشكل إلا خرقا للنظام العام الدولي (1107). من جهة أخرى، إعتبرت محكمة الإستئناف بباريس في قرار لها بتاريخ 5 أفريل سنة 1990 أن " القواعد المتعلقة برقابة السلطات العمومية على الإستثمارات تعبر من خلال الأحكام الآمرة التي تتضمنها عن تصور، له علاقة بالنظام العام الإقتصادي الدولي. لكونها، تهدف إلى ضمان توازن في العلاقات الإقتصادية والمالية مع المستثمر الأجنبي، من خلال التحكم في حركة رؤوس الأموال العبر حدودية. وكنتيجة لذلك، إعتبرت المحكمة، أن تنفيذ قرار تحكيمي في فرنسا إنما يكرس خرقا لهذه الأحكام وللنظام العام الدولي" (1108).

ولكن، هنالك من المسائل التي لا يمكن إدخالها ضمن النظام العام الدولي. فمثلا، قررت محكمة Versailles في قرار لها بتاريخ 2 أكتوبر سنة 1989، أن " قرار تحكيميا صادر في الخارج في مجال التحكيم الدولي في خصوص مسألة خاضعة لتنظيم داخلي تحمل صفة النظام العام، ليس كافيا في حد ذاته للقول بوجود خرق للنظام العام الدولي.

وعليه، فمن الضروري أن يتعلق الإعتراف أو التنفيذ بقرار قد خالف في حد ذاته وبشكل واضح وحقيقي النظام العام الدولي" (1109).

أما على مستوى الإتفاقيتين الجهويتين، العربية والمغاربية، فتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة لإتفاقية الرياض، فقد أجازت هذه الأخيرة رفض تنفيذ القرار التحكيمي إذا كان في

(1107) Paris 1er suppl. 5 novembre 1985 Sté Somax Inc c/ Sté China Union Lines Limited, Rev.arb, 1987, p. 81, note B.M.
(1108) Paris. 1ère Ch. Civ, 5 avril 1990, Sté Courrèges Désign c/ Sté André Corrèges, Rev.arb, 1992, 110, note H. Synvet.
(1109) Versailles. Ch. Réunies, 2 octobre 1989, Sté Grands Moulins de Strasbourg c/ Cie Continentale France, Rev.arb, 1990, 115, note L. Idot.

هذا القرار ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ ..." فيما يتصل برفض القرار التحكيمي لمخالفته النظام العام، فهذا الشرط هو ما سبق وأن رأيناه في خصوص إتفاقية نيويورك. إن ما يجلب الإنتباه في هذه الإتفاقية، هو أنها تركت للمحكمة المختصة سلطة تقدير مدى مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام ولأحكام الشريعة والآداب من عدمه. وبما أن الحالات المرتبطة بمخالفة النظام العام هي عديدة ويصعب حصرها في الواقع، فإن المحكمة تصبح هي صاحبة القرار في تقدير مخالفة القرار التحكيمي لهذا النظام، الذي يبدو أن له مجالا أوسع مما هو متوقع. والدليل على ذلك هو أن قسما من الفقهاء ممن يرون، أنه بالإمكان إدخال في مجال إعتراض القرار التحكيمي للنظام العام، حالة تعارض هذا القرار مع حكم سبق صدوره عن محاكم دولة التنفيذ (1110). وبمعنى آخر، أن المحكمة إذا رأت أن هذا التعارض هو جزئي، فإنه يمكن لها أن تأمر بالتنفيذ، بالنسبة للجزء من الحكم الذي لا يتحقق فيه هذا التعارض، على حساب الجزء الآخر من الحكم الذي يتعارض والقرار موضوع الأمر بالتنفيذ.

ولكن الذي يميز إتفاقية الرياض عن غيرها من الإتفاقيات الأخرى، وخاصة إتفاقية نيويورك والإتفاقية المغاربية، مثلما سنرى لاحقا، هو أنها لا تنص فقط على حالة رفض القرار التحكيمي، عندما يكون هذا الأخير مخالفا للنظام العام بل وأيضا عندما يتعارض هذا القرار وأحكام الشريعة الإسلامية والآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ. نلاحظ هنا، بصمات المفاوض السعودي في هذه الإتفاقية وكذلك بإعتبار السعودية هي البلد الذي شهد ميلاد هذه الإتفاقية. بالإضافة إلى أن التشريع الوطني السعودي هو تشريع يقوم بالأساس على أحكام الشريعة الإسلامية.

من جهة أخرى، ما يميز إتفاقية الرياض هو طابعها الإقليمي العربي أي أنها ليست مفتوحة لإنضمام دول العالم كما هو الحال بالنسبة لإتفاقية نيويورك. وهنا يجب أن ندرك

(1110) أنظر د. عز الدين عبد ا إتفاقية جامعة الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة، العدد 356، أفريل 1974، ص. 311.

الخليفة الدينية والحضارية لإدراج الدول العربية لعبارة " أحكام الشريعة الإسلامية". ومن ثمة، فنحن أمام إتفاقية جهوية ذات أصول دينية تقوم على أحكام الشريعة الإسلامية. وإن كان لا بد في هذا المضمار، ونحن نتكلم عن حالة إعتراض القرار التحكيمي لأحكام الشريعة الإسلامية أن تعرف هذه الأحكام. تعرف أحكام الشريعة على أنها القواعد المستنبطة من مبادئ الشريعة الإسلامية وهي القواعد التي تقوم على أساس المصالح المرسلة أي ما يحقق المنفعة ويدفع المفسدة عن الجماعة بما لا يتعارض مع نص في القرآن أو السنة (1111). ولكن، التنصيص صلب إتفاقية الرياض على أحكام الشريعة الإسلامية قد يجعلها تصطدم مع أحكام إتفاقية نيويورك التي لم تشر إلى أي سبب ذي صبغة دينية من شأنه أن يدفع القاضي الوطني إلى رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه إلا حالة واحدة إذا إعتبرنا أن أحكام الشريعة هي جزء لا يتجزأ من النظام العام. وهو أمر مستبعد، ذلك أن إتفاقية الرياض العربية قد جعلت من أحكام الشريعة عنصرا مستقلا عن النظام العام والآداب بما لا يجيز - كما قال أحد الفقهاء - " التنظير بينهما أو إدغامهما في بوتقة واحدة" (1112).

ولكن بالمقابل، نعتقد أن النظام العام والآداب يشملان أيضا في طياتهما الإعتبارتين الديني والإخلاقي، لعدم وجود مجالات محددة أو مضامين ثابتة لمصطلحين مثل نظام عام وآداب. إلا أن الملاحظ في خصوص مصطلح " آداب" التي وظفتها إتفاقية الرياض الحالية فقد جاءت منقوصة من نعتها، لأنه عادة ما يكون مصطلح آداب مقرونا بكلمة " عامة"، لأنه في إتفاقية الجامعة العربية الصادرة في 14 سبتمبر سنة 1952 فقد نصت في المادة 3 فقرة منها على أنه "يشترط للإستجابة لطلب الأمر بالتنفيذ ألا يتضمن حكم المحكمين ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمها" (1113). كما أن المادة 37 من إتفاقية الرياض الحالية جاءت منقوصة من عبارة

(1111) راجع د. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، القاهرة، 1979، ص. 157.

(1112) أنظر أحمد الورفلي: "الإتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم"، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 02، السنة 2002، ص. 23.

(1113) راجع د. عز الدين عبد ا : القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1972، ص. 960.

"إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ معتبر كقاعدة عمومية دولية"، أي ألا يتعارض حكم المحكمين مع مبادئ القانون الدولي. ولا شك، أن إسقاط هذه العبارة التي كانت في إتفاقية سنة 1952 من الإتفاقية الحالية هو في نية محرري هذه الأخيرة، الدفع بإتجاه عدم تدويل الإعتراف إلا أن الإتجاه العام، جاء ليناقض هذه النية. باعتبار أن القاعدة التي تلتقي حولها أغلب الإتفاقيات، سواء أكانت ثنائية أو متعددة الأطراف هو الإعتراف بوجود نظام يسمى نظام عام دولي. وهذا النظام، هو يختلف من حيث الطبيعة والوظيفة عن النظام العام الذي يعني جملة من المبادئ والمصالح والقيم التي يملكها مجتمع معين.

أما إذا عدنا إلى الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي، لنرى ما إذا كانت هي أيضا قد إستعملت مصطلح نظام عام أو نظام عام دولي، لوقفنا عند جواب واحد وهو، هي أيضا لم تتأخر في إستعمال مصطلح نظام عام بدون النعت اللاحق به ألا وهو " الدولي". وهكذا، فقد نصت المادة 44 (هـ) من الإتفاقية، على أنه يجوز لمحاكم إحدى الدول الأطراف المطلوب منها الإعتراف أو الأمر بتنفيذ قرار المحكمين، أن ترفض الأمر بتنفيذ هذا القرار "إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ". الملاحظ هنا، أن المقصود بالنظام العام في الإتفاقية المغاربية هو النظام العام الداخلي للدولة المضيفة باعتبارها دولة التنفيذ. ولا يمكن أن يكون غير ذلك. ويتعلق الأمر في هذا الإطار، بالمبادئ الأساسية والمصالح الإقتصادية والسياسية لدولة تنفيذ القرار. فالوظيفة الأولى هنا للنظام العام هو حماية هذه المصالح التي تمثل المصلحة العامة في الدولة. وعليه، فإن المحكمة التي يرجع إليها النظر في مدى إحترام القرار التحكيمي المطلوب الإعتراف أو الأمر بتنفيذه للنظام العام، لها السلطة في أن تتحقق ما إذا كان في هذا القرار ما يمس بسيادة الدولة وأمنها و سياستها العامة و بالمبادئ الأساسية فيها.

ولكن، هل يمكن أن نجد نفس السبب الذي يقوم عليه رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه من قبل قاضي التنفيذ في القانون الجزائري، المتعلق بالتحكيم، وكذلك نفس المصطلح الذي عثرنا عليه في الإتفاقيات المتعددة الأطراف؟ لقد كان المشرع واضحا وصريحا عندما إستعمل ولأول مرة مصطلح نظام عام دولي. وعليه، فإنه لا

يمكن منح الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، إلا إذا كان هذا القرار غير مخالف لهذا النظام (1114). ونفس الشرط ينطبق أيضا في حالة الإستئناف أو الطعن بالبطلان، فإن القرار لا يمكن أن ينظر فيه، إلا إذا لم يكن يتعارض والنظام العام الدولي (1115). ولكن هل يمكن تحديد معالم هذا النظام، ومحتواه ووظيفته في القانون الجزائري؟ حسب الأستاذ إسعد: " يجب إنتظار ردة فعل الفقه والإجتهاد القضائي في المستقبل اللذان سيرجعان - في خصوص هذا الموضوع - بالضرورة إلى ما هو معمول به في الخارج" (1116). إلا أن الشيء الذي يجب التنبيه إليه، هو أنه نفس المصطلح، قد ورد في القانون الفرنسي (1117) بينما لم ينص القانون السويسري عليه، وهو الذي يعتبر أحد المصادر التي إستمد المشرع تنظيمه للتحكيم الدولي. ولكن خلافا للمادة 5 فقرة 2 (ب) من إتفاقية نيويورك التي نصت على جواز رفض الإعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه، إذا كان في هذا الحكم ما يخالف النظام العام في البد المطلوب فيه التنفيذ، جاءت المادة 458 مكرر 17 خالية من كل لبس، لما تقيدت بالنظام العام الدولي وليس بأي نظام عام آخر. ولكن ما مصير الأحكام الدولية الآمرة، وهل يمكن للقاضي الوطني أن يراجع القرار التحكيمي في الموضوع وهو يناقش مدى مطابقة هذا القرار للنظام العام الدولي؟ في جميع الأحوال، يملي النظام العام الدولي على القاضي الوطني، أن يأخذ في عين الإعتبار الأحكام الآمرة دوليا والتي تكون لها علاقة وطيدة بالنزاع. كما أنه يمنع عليه اللجوء إلى مراجعة القرار التحكيمي في الموضوع، وهو مدعو لإجراء رقابة شكلية فقط على القرار (1118).

إن إتجاه المشرع نحو الأخذ بالنظام العام الدولي، عوضا عن النظام العام في البلد الذي يطلب منه الإعتراف أو الأمر بالتنفيذ، يجعل منه متقدما عن الإتفاقيتين، العربية والمغاربية اللتان أخذتا فقط بالنظام العام في البلد المطلوب على إقليمه الإعتراف أو الأمر بالتنفيذ. ويعني هذا النظام سيادة هذا البلد ومصالحة السياسية والإقتصادية و الإجتماعية

(1114) راجع المادة 458 مكرر 17 من قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق.
(1115) أنظر المادة 458 مكرر 125، المرجع السابق.
(1116) Issad. M : « Le décret législatif … » op cit, p. 393.
(1117) راجع المادة 1502 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.
(1118) Bedjaoui. M et Mebroukine. A : op cit, pp 905-906.

وحماية مبادئة الأساسية التي يقوم عليها نظامه. وتبعا لذلك، فإنه يمكن رفض الإعتراف أو الأمر بتنفيذ قرار المحكمين إذا وقع المساس بهذه المصالح وهذه المبادئ بصفة واضحة وخطيرة. فمثلا، يعد عدم تسبيب القرار التحكيمي خرقا للنظام العام في البلد المطلوب على أراضيه الإعتراف أو الأمر بتنفيذ ذاك القرار، "بما يترتب على عدم التسبيب هذا، من خرق لحقوق الدفاع ولقواعد الإجراءات بوجه عام" (1119). وقد أكدت محكمة النقض التونسية - على سبيل المثال - نفس هذا التمشي في قرار صادر عنها بتاريخ 2 فيفري سنة 1983 (1120).

من جهته، فقد جعل المشرع المصري، من عدم إحترام حقوق الدفاع وعدم إحترام مبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف، سببا من أسباب الطعن بالبطلان في حالة تمسك أحد الأطراف بهذه المبادئ. ومع ذلك، فإنه حتى وإن لم يتمسك أحد الأطراف بإنتهاك أي من هذه المبادئ، فإن محكمة الإستئناف يمكنها أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم لإنتهاكه هذه المبادئ السالفة الذكر بإعتبار أنها تعد من صميم فكرة النظام العام الإجرائي في مصر (1121).

وبالمقابل، فإن مبدأ المساواة بين الأطراف والذي لم يكرسه القانون الفرنسي كسبب مستقل للطعن بالبطلان يمكن إرتكازه على فكرة النظام العام الدولي. ويعود الفضل في ذلك في الحقيقة، إلى إعتراف القضاء الفرنسي بهذا المبدأ، تحت إعمال فكرة النظام في الحكم الصادر في قضية Ducto عن محكمة النقض الفرنسية (1122).

ولكن لا يمكن فهم مسألة تعارض القرار التحكيمي مع النظام العام بدون التعرض إلى الجانب العملي. ونقصد به، موقف الإجتهاد القضائي من مسألة تعارض القرار التحكيمي مع النظام العام من خلال بعض تطبيقاته.

(1119) أنظر محمد العربي هاشم، "تعليق على قرار إستئنافي عدد 44967 مؤرخ في 5 ديسمبر سنة 1979"، المجلة التونسية للتشريع، 1980،ص. 159.

(1120) قرار غير منشور، مذكور من قبل الهاشمي القصوري في: القرارات التحكيمية أمام القاضي التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإقتصادية، تونس 1 السنة الجامعية 2000-2001.

(1121) راجع د. هشام على صادق ود. حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1999، ص. 260 وما يليها.

(1122) أنظر د. هشام صادق ود. حفيظة السيد حداد، نفس المرجع.

المطلب الثاني: موقف الإجتهاد القضائي من مسألة تعارض القرار التحكيمي مع النظام العام.

يكفي هنا أن نذكر بقضيتين منفصلتين، قضية شركة Alsthom الفرنسية ضد الشركة الأنجليزية Westhman وكذلك قضية Hilmarton ضد الشركة الفرنسية O.T.V وقد إخترنا هاتين القضيتين كنموذجين لموقف الإجتهاد القضائي من مسألة تعارض القرار التحكيمي مع النظام العام، بدون أن ننسى أن هنالك عدة أحكام صادرة في قضايا شتى تعرضت هي أيضا لنفس المسألة (1123).

في 11 ديسمبر سنة 1985 أبرمت الشركة الفرنسية Alsthom Turbines عقدا مع الشركة الأنجليزية Westhman بهدف تسهيل إختيارها المسبق في مناقصة تتعلق بمشروع بتروكيميائي والذي كان المقاول فيه شركة إيرانية. وقد حدد دور شركة Westhman في العقد المذكور، بأن تقدم هذه الأخيرة لشركة Alsthom أكبر قدر ممكن من المعلومات من أجل الفوز بالتعاقد في أفضل شروط ممكنة وأن تقدم أيضا لها كل المساعدة التي من المنتظر أن تقدمها أي شركة أخرى. وبالمقابل، نص العقد على أن تتلقى شركة Westhman عمولة يتم تحديدها لاحقا. ولن تكون هذه العمولة مستحقة بشكل جزئي أو كلي، إلا إذا تم رسو المناقصة على شركة Alsthom في المدة المحددة.

ونظرا لرفض شركة Alsthom دفع العمولة المتفق عليها، فإن شركة Westhman شرعت في مباشرة إجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما.

ولقد تمسكت شركة Alsthom أمام محكمة التحكيم بشكل أصلي ببطلان العقد، محل المنازعة بسبب عدم مشروعية سببه. وإحتياطيا، إدعت شركة Alsthom أن شركة Westhman لم تمارس أي نشاطه وعليه، فلا يحق لها المطالبة بأية مبالغ بناء على العقد الذي لم تقم بتنفيذه. والواقع، أن هذه الطلبات التي تمسكت بها شركة Alsthom لم تجد أي

(1123) Voir à titre d'exemple, Cass. 1ère Ch civ. 18 mars 1980, Rev. arb, 1980, p. 496, note Mezger. Clunet, 1980, p. 875, note Loquin, Cass, 2ème Ch, civ. 9 décembre 1981, Rev. arb, p. 183, note Couchez.

صدى لها أمام هيئة التحكيم التي إنتهت في حكمها الصادر في 21 مارس سنة 1992 إلى القضاء بإلزام شركة Alsthom بدفع عمولة لشركة Westhman تقدر بنسبة 4 % من قيمة الصفقة المبرمة بينها وبين الشركة صاحبة المشروع.

ولقد قامت شركة Alsthom التي أصبحت تسمى فيما بعد بالشركة الأوروبية (E.G.T Gas Turbin) بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم المذكور أمام محكمة إستئناف باريس طبقا لنص المادتين 1502 و1504 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والذي يعطي الحق للقضاء الفرنسي بالحكم بالبطلان على حكم التحكيم، إذا خالف النظام العام الدولي.

ولتأييد الطعن بالبطلان، ذهبت الشركة المذكورة إلى أن تنفيذ هذا الحكم يتعارض مع النظام العام الدولي، إذ أنه يعترف بآثار عقد سببه ومحله ينصان على إستغلال النفوذ وتقديم الرشوة والتدليس الذي قامت به شركة Westhman وأدينت به وهي تواجه محكمة التحكيم وشركة (E.G.T) أثناء الإجراءات المقامة أمامها.

إلا أن محكمة إستئناف باريس، رفضت ما تمسكت به شركة (E.G.T) من أن العقد ينصب محله وسببه على إستغلال النفوذ وتقديم الرشوة. وبناء عليه، إعتبرت أن حكم التحكيم هو غير مخالف للنظام العام الدولي في فرنسا. كما قضت من جهة أخرى، وترتيبا عليه بصحة العقد المبرم بينهما (1124) و سببت محكمة إستئناف باريس قضائها المتقدم، بأن إستغلال النفوذ المدعى ممارسته لا يوجد أدنى دليل عليه في الأوراق المقدمة من الطرفين ولم يتم إثباته. ونظرا لعدم توفر الأدلة والقرائن، فإنها فضلت أن تبطل حكم التحكيم، إستنادا إلى سبب آخر غير مخالفته للنظام العام في فرنسا. والواقع، أنه كان يتعين على محكمة الإستئناف بباريس أن تقضي ببطلان العقد المبرم بين شركة Westhman وشركة Alsthom لعدم مشروعية سببه ومحله. بناء عليه، تقضي ببطلان حكم التحكيم لمخالفته النظام العام الدولي كقاعدة دولية يلتقي حولها التجار الدوليون النزهاء، حتى

(1124) Paris, 1ère Ch. civ, 10 septembre 1993, Rev.crit. DIP 1994, note Vincent Heuzé, p. 349, Rev.arb. 1994, p. 359, note Dominique Bureau.

يمكن محاربة هذه العادات السيئة مثل الرشوة وإستغلال النفوذ حتى وإن كانت الأهداف مشروعة ونبيلة.

أما القضية الثانية والتي تتعرض للرشوة والفساد أيضا، بصورة تخالف النظام العام الدولي، فهي – كما أشرنا سلفا – قضية شركة Hilmarton ضد O.T.V (1125). لقد أبرمت الشركة الفرنسية O.T.V والتي كانت ترغب في المشاركة في مناقصة دعت إليها السلطات الجزائرية، من أجل دراسة وتنفيذ مجموعة من الأجهزة بغرض تدعيم مدينة الجزائر، عام 1980 مع شركة Hilmarton إتفاقا تتعهد فيه هذه الأخيرة بتقديم الإستشارات الإقتصادية والضرائبية والتنسيق بين المشاركين على تنفيذ المشروع. وقد نص في العقد على تطبيق أحكام القانون السويسري وأيضا على أن يتم الفصل في جميع المنازعات الناشئة عن العقد وفقا للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس (C.C.I). وبسبب الأخطاء التي إرتكبتها شركة Hilmarton ورفض شركة O.T.V دفع الأتعاب المستحقة، قامت شركة Hilmarton بإعمال شرط التحكيم وفقا للائحة تحكيم الغرفة. وفي وجه هذا الإعمال، تمسكت شركة O.T.V بصفتها مدعى عليها، ببطلان العقد لمخالفته القانون الجزائري الصادر في 11 فيفري سنة 1978 والخاص بإحتكار الدولة الجزائرية لقطاع التجارة الخارجية والذي يمنع اللجوء إلى الوسطاء والسماسرة.

وقد أصدر المحكم حكمه في 19 أوت 1988 ملاحظا، أن لا وجود لأدنى أثر لتنفيذ فعلي للعقد محل النزاع. وإنتهى إلى أنه يستفاد من التصريحات والأقوال أن شركة Hilmarton قد مارست نشاطا قريبا من نشاط الإستخبارات التجارية. وعليه، فإن المهمة الملقاة عليها تتلخص في ممارسة نفوذ لدى السلطات الجزائرية من أجل تفضيل العرض المقدم من شركة O.T.V على العروض الأخرى المنافسة له. وعلى هذا الأساس، فقد ذهب المحكم إلى أن العقد المبرم بين كل من شركتي O.T.V وHilmarton يخالف القانون الجزائري الصادر في 11 فبراير سنة 1971 والذي يحارب إستغلال النفوذ. و بهذه

(1125) Voir commentaire sur cette affaire, Heuzé. V : « La morale, l'arbitre et le juge », Rev.arb, 1993, p.179 et s.

المثابة، قضى بأن العقد محل المنازعة يخالف النظام العام العابر للدول L'ordre public transnational ويخالف الآداب العامة وفقا للقانون السويسري الذي يحكم العقد.

وعلى إثر التصريح بهذا الحكم، قامت شركة Hilmarton بالطعن ضده بالبطلان أمام المحاكم السويسرية التي قضت بإلغائه لمخالفته أحكام نص المادة 32 من قانون التحكيم السويسري الذي ينص على إمكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم إذا كان متسما بالتحكمية Arbitraire وهو الحكم الذي أيدته فيما بعد المحكمة الفدرالية السويسرية، عندما طعن فيه أمامها من قبل شركة (O.T.V) **(1126)**.

ولكن، إذا كان حكم التحكيم هذا، قد واجه البطلان في سويسرا، فإنه في فرنسا لم يعرف نفس المصير، بما أن رئيس المحكمة قد أصدر في 27 فيفري سنة 1990 الأمر بتنفيذه. وفي 19 ديسمبر 1991 أيدت محكمة إستئناف باريس هذا الأمر.

وفي ضوء ما تقدم، يتبين أن إستغلال النفوذ والرشوة يعدان من الممارسات التي تلحق أضرارا بالعلاقات الإقتصادية بين الدولة والمستثمرين الأجانب. وبناء على ذلك، فهذه السلوكات إن وجدت، فهي تعد سببا كافيا للقول بأن النظام العام الدولي قد إنتهك. وإن كان للأسف، رأينا هذا لا يتماشى والتبريرات الواهية التي إنتهت إليها غرفة التجارة الدولية بباريس في تقرير لها سنة 1977 والتي لاحظت فيه أن الفساد يعد ظاهرة عامة في بعض الدول على نحو أصبح يشكل مظهرا من مظاهر الحياة فيها، لا تملك السلطة العامة الوسائل لقهره. وهذا الموقف السلبي للجنة، من شأنه – حسب رأينا – أن يشجع على خرق ما يسمى بالنظام العام الدولي للتجار وعلى إزدهار الممارسات التي تتنافى وهذا النظام عوضا عن وضع قواعد تحميه وتهدف إلى القضاء على ظاهرة إستغلال النفوذ والرشوة من أجل صحة العقد، فضلا عن كون الإعتراف بالفساد والرشوة يعني الإعتراف بآثار عقد يهدف إلى تسهيل هذه الممارسات السيئة.

(1126) Sur ces deux jugements, voir. Rev.arb, 1993, pp. 315-327.

خاتمة الجزء الثاني

يستفاد من كل ما سبق ذكره، في خصوص الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي تعرضنا إليها في هذا الجزء الأخير من رسالتنا، هو أن إنضمام الجزائر لهذه الإتفاقيات التي تنص على التحكيم أصبح لا غنى عنه، بالرغم من بعض المثالب التي من الممكن أن نوجهها للوائح التحكيم التي جاءت بها. إلا أن مثل هذه الطريقة القضائية الخاصة في تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، تبقى أداة وثيقة العلاقة بالنظام الإقتصادي العالمي الجديد الذي نشهد زحفه علينا. فلا يجوز للجزائر أن تتخلف عن هذا الركب.

إلا أنه إلى جانب هذا التحكيم، فالحلول الودية لم تكن غائبة في هذه الإتفاقيات، مثل التوفيق أو المفاوضات. وإن كان تقرير الموفق هو غير ملزم – كما أوضحنا – للطرفين. ولكن، ما يمكن أن نستحصله في هذا الباب، أنه يكفي أن تكون هنالك مرحلة مسبقة حتى وإن كانت غير إجبارية، يسعى خلالها الطرفان لوضع حد لنزاعها قبل المرور إلى التحكيم.

إلا أن ما ميز الإتفاقيات المتعددة الأطراف، سواء أكانت دولية، كما رأينا أو عربية أو مغاربية، هو تدويلها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال إعمال قواعد التجارة الدولية كلما أحال الطرفان، الدولة والمستثمر الأجنبي إليها. أو في حالة أنهما تركا الأمر للمحكم. ومن ذلك، ما لاحظناه من تفويض هيئة التحكيم بالصلح. وهو ما يعني في ظل هذه الإتفاقيات، الإيعاز إليها بتطبيق قواعد التجارة الدولية. وإن كان المبدأ، هو حرية الطرفين في إختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. فإذا تخلف هذا الإختيار، كان لهيئة التحكيم أن تطبق القواعد التي تراها أكثر إتصالا بالنزاع. إلا أنه في جميع الحالات، فقد أكدت هذه الإتفاقيات في نهاية الأمر على أن إختيار الطرفين وإختيار هيئة التحكيم يقفان على حد سواء عند حد النظام العام.

أما عن تنفيذ القرارات التحكيمية، فإن الإستنتاج الذي يمكن أن نصل إليه، هو أن الصفة الدولية للعلاقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي فقد حررتها هذه الإتفاقيات من كثير من القواعد الآمرة في القوانين الوطنية. وبعبارة أخرى، فقد أخضعت العلاقة الدولية بين الطرفين لما يسمى تارة بالنظام العام الدولي طبقا للإتفاقيات المتعددة الأطراف ذات الطابع الدولي، وتارة أخرى إلى النظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لمفاهيم واضعي الإتفاقيات العربية ذات الجذور العربية الإسلامية.

أما على صعيد العلاقة بين الإتفاقيات المتعددة الأطراف وقانون التحكيم الدولي في الجزائر، فقد خلصنا بعد دراستنا لمدى إنعكاس هذه الإتفاقيات على هذا القانون، إلى النزعة التحررية الواضحة التي ميزته وهي نفس النزعة التي لاحظناها أيضا في الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي عالجناها. ودليلنا في ذلك، هو حرية الطرفين في ظل قانون 93-09 في إخضاع التحكيم للقواعد الإجرائية السائدة في قانون وطني أو في لائحة تحكيم تابعة لإتفاقية دولية أو إقليمية يختارانها بصرف النظر، عما إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو في الخارج. كما برز تأثر القانون التحكيمي في الجزائر بالإتفاقيات التي ذكرت، في مجال الإجراءات عن طريق أخذه بنفس المبادئ الأساسية التي جاءت بها والتي أصبحت تشكل لوحدها ما يسمى بالنظام العام الإجرائي الدولي. ومن أهم هذه المبادئ التي سبق وأن تعرضنا إليها، وأوسعها تأثيرا في قواعد الإجراءات التي نص عليها قانون التحكيم الدولي في الجزائر. مبدأ المساواة بين المتنازعين ومبدأ حياد المحكم ومبدأ ضرورة توافر المؤهلات في المحكم وقابلية عزلة أو رده أو إستبداله بتراض الطرفين.

وظهر جليا تأثر قانون التحكيم الدولي في الجزائر بالإتفاقيات المتعددةالأطراف وخاصة إتفاقية واشنطن الدولية من خلال تكريسه لحرية الأطراف بوجه عام في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا لمبدأ سلطان الإرادة. وإن كان المشرع الجزائري قد ذهب إلى أبعد ما ذهبت إليه المادة 42 من إتفاقية واشنطن من خلال تحرره من الإسناد إلى قانون وطني. وبعبارة أخرى، من دون أن يمر بأي نظام وطني تنازعي.

كما راعى القانون في خصوص إثبات وجود القرار التحكيمي عند طلب الإعتراف والتنفيذ نفس الشروط التي جاءت بها إتفاقية واشنطن الدولية. وأخذ بالنظام العام الدولي عند تعرضه لحالات قبول الإستئناف والبطلان. وهو النظام الذي لم يكن معروفا من قبل في القانون الجزائري، متأثرا في ذلك بالقانون الوضعي الفرنسي الذي أدرجه بدوره لأول مرة في نص تنظيمي سنة 1981 مثلما سبق وأن ذكرنا، خلافا للقانون السويسري الذي نص على النظام الدولي فقط، بالرغم من تأثر القانون الجزائري به في نقاط قانونية أخرى عديدة.

خاتمة عامة

ما يمكن أن نستنتجه من كل ما سبق تحليله هو النزعة الليبيرالية لقانون الإستثمار وتكريسه للطرق الأكثر إستعمالا على مستوى القانون الإتفاقي ألا وهي الطرق القضـائية وعلى رأسها التحكيم التجاري الدولي إلى جانب أخذه بالتسوية الودية. وفي الواقع، فـإن السؤال الذي كنا قد طرحناه في بداية بحثنا إذا كان يجب الأخذ بالطرق الدولية وفقا لقانون تطوير الإستثمار أم اللجوء إلى المحاكم الوطنية، خاصة وأن عبـارة "جهـات قضـائية مختصة" مثلما عرضنا في المقدمة تبدو غامضة. وللإجابة عن هذا السؤال كان لا بد من الإنطلاق من الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع حكومات أخرى. فبعد فحصنا للخيارات المفتوحة التي منحتها هذه الإتفاقيات لفائدة المستثمر بين هذه الطريقـة القضائية أو تلك. وبمعنى آخر، بين القضاء الرسمي للدولة والتحكيم تبين لنا بالمحصـلة النزعة الليبيرالية لهذه الإتفاقيات التي لم تقتصر فقط على عرض أكثر من حل بل وأكدت من خلال الخيارات المقترحة على تمسكها بمبدأ سلطان الإرادة في اللجـوء إلـى هـذه الطريقة أو تلك. وإن كان هذا المبدأ يبقى - في نظرنا - منقوصا إذ إقتصر علـى مـنح حرية الإختيار في النهاية إلى المستثمر الأجنبي على حساب الطرف الآخر في النزاع ألا وهو الدولة. إلا أنه مع منح هذا الإختيار للمستثمر بين هيئة وأخرى، فـإن وجـود سـلم ترتيبي بين الهيئة القضائية للدولة المضيفة والتحكيم كان أيضا يصب في صالح المستثمر بالرغم من العناصر العديدة التي هي في صالح إختصاص المحاكم الوطنية والتي يؤهلها في أن توضع في المرتبة الأولى من السلم.

إلا أنه بالرغم من هذين المثلين، فالفكرة التي يجب أن نؤكد عليها - ونحن نخـتم هذه الرسالة - هو إنفتاح هذه الإتفاقيات على أكثر من طريقة للحـل، القضـاء الرسـمي للدولة أو التحكيم بنوعه الحر والمؤسساتي. وإن تأكد لنا فيما بعد لدى تعرضنا إلى العديد من العقود الإستثمارية التي أبرمتها المؤسسات العمومية الوطنية مع المستثمرين الأجانب إتجاه هذه العقود إلى تكريس التحكيم المؤسساتي لغرفة التجارة الدولية لأسـباب تتعلـق - مثلما أشرنا إليه سلفا - بما تتمتع به هذه المؤسسة الدولية من خبرة وسمعة فائقتين، وإن كان إختيار مثل هذا التحكيم يمثل في النهاية بالنسبة للمستثمر الأجنبي الإختيار الأفضـل عوضا عن المحاكم الوطنية التي لا يثق فيها بل ويعتبرها محاكم منحـازة. أمـا علـى

مستوى الإتفاقيات المتعددة الأطراف، فتجدر الإشارة إلى أنه إلى جانب تنصيصها على الطرق الودية مثل التوفيق والمفاوضات أو المفاوضات والتوفيق معا. فقد نصت أيضا على التحكيم كطريقة قضائية من أجل تسوية النزاعات التي من الممكن أن تنشب بين الدولة والمستثمر الأجنبي بدون أن تهمل إمكانية اللجوء إلى طرق الطعن الداخلية للدولة المضيفة. وقد رأينا معا أن هذه الإتفاقيات يمكن أن تكون دولية مثل التحكيم التابع للمركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار أو جهوية أو شبه جهوية مثل المحكمة العربية للإستثمار أو المحكمة المغاربية. بالنسبة لإتفاقية واشنطن، فقد ركزت هذه الأخيرة على التحكيم كخيار يأتي في المقام الأول والإستثناء هو اللجوء إلى المحاكم الوطنية. ولكن ما يمكن أن ننتهي إليه في المحصلة في هذا الجانب بالذات، هو قيام هذه الإتفاقيات على مبدأ الرضاء في خصوص اللجوء إلى التحكيم، مع وجوب أن يكون هذا الرضاء نهائيا وقطعيا. وهي بذلك تراهن على تفادي تعقيدات تفسير النية المشتركة للطرفين في حالة وجود إلتباس أو غموض يحوم حول مسألة الرضاء. أما على مستوى القانون الواجب التطبيق فقد لاحظنا تدويلا لهذا القانون. ومن ثمة للعلاقات الإقتصادية بين الدولة والمستثمرين الأجانب على مستوى هذه الإتفاقيات من خلال إعمال المحكمين للقواعد المشتركة للتجار Lex mercatoria في نزاع تكون الدولة هي طرف فيه. فبالنسبة لهذه النقطة بالذات فنحن مع رأي الفقيه J.P Jacques الذي جاء في إحدى مقالاته "أن القواعد المشتركة للتجار لا يمكن أن تفرض نفسها في مجال عقود الدولة. وأن الفضاء الذي تتشكل منه الدول والمؤسسات الكبرى الأجنبية هو فضاء غير متجانس وتنازعي hétérogène et conflictuel لأن "الأهداف – كما أضاف – والمصالح ليست في نفس المستوى وحتى وإن وجد توافق بينها، فهو توافق مؤقت" (1127). وتأكيدا لهذه الفكرة الواقعية، فإننا نرى أنه يوجد تعارض بين أهداف الدولة التي تسعى إلى تلبية حاجات وغايات إقتصادية محددة بإعتبارها دولة نامية ومصالح وأهداف المستثمرين الأجانب الذين يسعون إلى تحقيقها.

(1127) Jacques. JP, Eléments pour une théorie de l’acte juridique en droit international public, L.G.D.J, Paris, 1965,p. 201.

أما على مستوى الإتفاقيات المتعددة الأطراف العربية، فهي لم تبتعد كثيرا عـن إتفاقيـة واشنطن الدولية. فقد أخذت هي أيضا بالحلول الودية. والدليل على ذلك، هو ما سـبق أن ذكرناه في خصوص المادة 2 من الإتفاقية العربية لسنة 1974 فيما يتعلق بالهدف المعلن من قبل هذه الإتفاقية وهو "حل أي نزاع ... بغرض خلق مناخ مساعد على تشجيع تـدفق الإستثمارات العربية في البلدان العربية". وما لاحظناه أيضا لدى تعرضـنا للمـادتين 34 و35 من الإتفاقية العربية لسنة 1971 وللمادة 1 فقرة 1 من الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980. إذن، هي نظرة في إتجاه التكامل الإقتصادي الـذي تسـعى إلـى تحقيقـه هـذه الإتفاقيات. أما عن الحلول الودية التي نصت عليها فهي إما المفاوضات أما المفاوضـات والتوفيق معا. وهذان الإجراءان يعتبران كمرحلة مسبقة عن التحكيم وهي تبقى مبنية على إرادة الطرفين. مما يؤكد لنا في النهاية، أنه حتى الإتفاقيات العربية هي أيضا قد أخـذت بمبدأ سلطان الإرادة في تبني هذا الحل الودي أو ذاك بما فيهـا اللجـوء إلـى الطريقـة القضائية. أما عن هذه الأخيرة بالذات، فقد قضت الإتفاقيات العربية بأن يكون التحكيم هو الحل بل الحل الغالب والذي من غير المستبعد أن يلتقي حوله الطرفان، الدولة والمستثمر العربي رعية الدولة العربية الأخرى. بدون أن تلغي هذه الإتفاقيات إمكانية لجوئهما إلـى المحاكم الوطنية للدولة العربية المضيفة.

وقد عثرنا على هذه الإمكانية فـي الإتفاقيـة العربيـة لسـنة 1974 وإن كـان - كما لاحظنا - لم تقرن هذه الإتفاقية القبول بالتحكيم بشرط الإستنفاذ المسـبق للطعـون الداخلية. ولكن الأهم في نظرنا هو الإنشاء ولأول مرة من قبل الإتفاقية العربيـة لسـنة 1980 لمحكمة عربية تختص بالنظر في النزاعات الناشئة عن الإستثمار وإن كانت هـذه المحكمة ستكون منافسة لهيئات التحكيم الدولية المعروفة مثل هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الدول المضيفة للإسـتثمار ورعايـا الـدول الأخرى، أو المحكمة التحكيمية التابعة للغرفة الدولية للتجارة.

أما عن مدى تأثر التحكيم الدولي في الجزائر بمـا قدمتـه الإتفاقيـات المتعـددة الأطراف من حلول وخاصة منها الدولية، فلا شك أن المشرع الذي ظل لفتـرة طويلـة

رافضا من حيث المبدأ للتحكيم التجاري الدولي فقد كرسه اليوم بعد أن أجرى تعديلا على قانون الإجراءات المدنية من خلال المرسوم التشريعي 09/93 الذي – كما نعلم – قد أفرد بابا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي. أما عن أحكام هذا المرسوم، فقـد جـاءت مطابقـة للمبادئ المكرسة على المستوى الدولي إلى جانب تبنيها للقواعد الأكثر ليبيرالية والمعتمدة من قبل القوانين الوطنية الأخرى مثل القانونين السويسـري والفرنسـي. إلا أنـه فـي خصوص التجربة الجزائرية مع المستثمرين الأجانب، نرى أنه حاليا لا يمكـن تقييمهـا بصفة موضوعية إلا بعد مرور الوقت. يبقى أنه ما يمكن قوله في هذا الصدد، هـو أنـه بالرغم من الجهود التي تبذلها الجزائر من أجل تحرير الإستثمار وإعتماد الطرق الدوليـة لتسوية نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب، سواء على مستوى الإتفاقيـات الثنائيـة التـي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع حكومات أخرى، أو على مسـتوى الإتفاقيـات المتعـددة الأطراف التي صادقت عليها، إلا أن جهدا آخر لا بد أن يبذل في إتجاه محيط الإستثمار، كرفع جميع الحواجز والقيود التي تحد من تدفق الإستثمار مثل مشكل العقـار والعراقيـل المرتبطة بالإتصالات السلكية واللاسلكية والتي نقرأ عنها في الجزائر ونسمع عنها الكثير إلى جانب وضع حد للسوق الموازية التي سترهن مستقبل الإستثمار في الجزائر إلى فترة زمنية طويلة إذا لم تسارع السلطات العمومية إلى القضاء عليها أو على الأقل الحد منها.

إما إذا إتجهنا إلى المستقبل بنظرة تفاؤلية فيجب الإعتراف بأنه حتـى وإن كـان المركز الدولي "سيردي" في نظر بعض الفقهاء (1128) فهو يتمتع بقدر محدود من النجـاح بالنظر إلى الغرفة الدولية للتجارة، فإنه بعد إنفتاح العديد من الدول على التحكيم في مجال الإستثمار من بينها الجزائر ونظرا للتسهيلات التي يقدمها هذا المركز، فمن غير المستبعد – حسب تقديرنا – أن يشهد التحكيم طبقا للائحته تطور نوعيا. وربما يصبح النموذج الذي يحتذى به لتطوير القانون الدولي للإستثمار. خاصة وأن لائحة تحكيم المركز التي جاءت بها إتفاقية واشنطن تبدو متوازنة. لكونها مع تأكيدها على أن التحكيم هـو الأصـل فـي تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار، فقد أجازت للدولة المضيفة التمسك وبصفة قبليـة بالطرق الطعن الداخلية التابعة لها. فضلا عن أن نشاط المركز من حيث التنظيم الذي

(1128) Ouakrat. P, « La pratique du CIRDI », in DPCI 1987 n° 2, p. 273.

يقوم عليه من شأنه أن يساعد على تدفق رؤوس الأموال من الدول الغنية في إتجاه الدول النامية التي تحتاج إلى إستثمارات ضخمة من أجل النهوض بإقتصادياتها.

كما أنه وبعد تحليلنا للائحة المركز أمكن أن نلاحـظ تيسـير الإعتـراف وتنفيـذ القرارات التحكيمية في مرحلة ما بعد التصريح بالقرار التحكيمي، عندما قضت بأنه يكفي للإعتراف بالقرار وتنفيذه حصول أي طرف في النزاع على نسخة مصدق عليهـا مـن السكرتير العام للمركز وتقديمها إلى المحكمة المختصة حتى يؤذن بتنفيذه حسبما تقتضـيه القوانين الخاصة بذلك في الدولة المتعاقدة التي يتم التنفيذ على إقليمها.

أما على مستوى العالم العربي، فنـرى أن البلـدان العربيـة بفضـل الإتفاقيـات الموجودة، سواء على مستوى ضمان الإستثمار، مثل الإتفاقية العربية لسنة 1971 المنشأة للوكالة العربية لضمان الإستثمار أو على مستوى حماية هذا الإستثمار، بفضل الإتفاقيـة العربية الموحدة لسنة 1980، قد أصبحت هذه البلدان تملك أدوات قانونية تؤهلهـا لخلـق مناخ من الثقة المتبادلة بين الدولة العربية المضيفة للإستثمار والمستثمر العربـي رعيـة الدولة العربية الأخرى، خاصة بعد إستحداث محكمة الإستثمار العربية. إلا أنه ما زالـت هنالك عوائق وكم هي عديدة تقف في وجه تطوير الإستثمار في المنطقة العربية، من بينها حرب الخليج الأولى والثانية التي خلفت تصدعا في العلاقات العربية. مما أثر سلبا علـى تدفق الإستثمارات من وإلى البلدان العربية. ولهذا الغرض، فإننـا نـرى أنـه لا يمكـن الخروج من هذه الحالة العربية المتردية إلا بإعادة الثقة بين الدول العربية حتى لا تنعكس أزمة الثقة هذه على نقل رؤوس الأموال فيما بينها. ولكن لا يمكن إعادة الثقة هذه – حسب رأينا – إلا بالرجوع إلى الإتفاقيات العربية المتعددة الأطراف. سواء من أجل حل المشاكل السياسية أو عندما يكون هنالك نزاع بين هذه الدولة العربية المضيفة للإستثمار والمستثمر العربي الرعية التابعة للدولة العربية الأخرى. وإن كنا نعتقد أيضا أن الـدور الأول لأي إتفاقية متعددة الأطراف هو قبل كل شيء درء العلاقة التعاقديـة بـين الدولـة العربيـة المضيفة للإستثمار والمستثمر العربي من النزاعات المحتملة وليس فقـط حلهـا عنـدما تنشب. إننا لم نشهد إلى حد الآن نزاعات مرفوعة أمام المحكمة العربية للإستثمار. وربما يعزى هذا العزوف إلى العقلية العربية وإلى التقاليد التي تدفع أكثر في إتجاه الحلول الودية

على حساب الحلول القضائية. كما وقد نجد تفسيرا لهذه الحالـة أيضـا فـي عـدم ثقـة المستثمرين العرب أنفسهم في الإطار القانوني الذي توفره لهم الإتفاقيات العربية بـالرغم من الخطاب الوحدوي الذي أسس لهذه الإتفاقيات. لأنه ببساطة لا توجـد إلـى حـد الآن سياسة عربية واضحة للإستثمار إلا أنه بالرغم من ذلك كله وحتى نكون متفائلين يكفي أنه توجد إتفاقيات عربية متعددة الأطراف كتعبير عن إطار قانوني لتكامل إقتصادي عربـي نأمل أن يتحقق يوما ما، أين ترفع فيه عن المستثمر العربي كل القيود والحواجز بمختلف أنواعها، بما فيها الحاجز السياسي والنفسي. ولما لا وضع مدونة سلوك في المستقبل تحكم كلا من الدولة العربية والمستثمر العربي في مجال خاص ألا وهو مجال الإستثمار.

وعموما، يظل التحكيم – كما رأينا – الأفضل في نظر المستثمر إن كان أجنبيا أم عربيا، لكونه يمثل عدالة خاصة ذات صبغة دولية ولا ينتمي إلى أية دولة، مقارنة بعدالة الدولة التي لها منطقها الخاص القائم على مبدأ حماية المصالح الوطنية العليا والدفاع عن النظام العام الوطني بجميع مكوناته. وإن كانت المعضلة تبقى اليوم وستظل في كيف يمكن تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في أن ترى محاكمها هـي المختصـة وبـين رغبـة المستثمر الأجنبي في إستعمال التحكيم في جميع الحالات لخشيته الدائمة والمبررة أحيانا، من عدم حياد المحاكم الوطنية. إلا أن ما يشهده العالم في الوقت الراهن من تغيـر فـي وضع الدولة ومركزها نحو الإقتراب من أوضاع الخواص banalisation du statut de l'Etat، يجيز لنا أن نقول أن التحكيم في مجال خاص ألا وهو مجال الإستثمار أصبح لا مفر منه، في ظل التنافس الحاد فيما بين الدول النامية من أجل جلب الإستثمارات الأجنبيـة إليهـا. زائد تأثير العولمة وثقل المديونية اللذان يفرضان على هذه البلدان مثل هذا الإختيار.

واليوم، جاءت الإتفاقيات الثنائية وكذلك الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر، لتعطي الشركات الوطنية إطارا مرنا لتعاملاتها الإقتصادية مع الشـركات الأجنبية، بدلا من الأوضاع التي إستقرت عليها في الماضي لما كان محظورا عليها

اللجوء إلى الآليات الدولية لحل نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب خاصة بعـد أن شهدت الأوضاع الإقتصادية والأمنية تحسنا (1129).

وهذا التوجه الجديد سيساعد بدون شك على سهولة تدفق رؤوس الأموال الدوليـة إلى الجزائر، خاصة بعد إستجابة الدولة المتطلبات الإستثمار الأجنبي (من حوافز جبائيـة وضمانات قانونية وقضائية) ووجود تطابق بين المبادئ التي تبناها المشـرع الجزائـري على مستوى تنظيمه للتحكيم والمبادئ المكرسة دوليا.

(1129) خاصة وأنه ومنذ سنة 1999 فقد برزت توجهات أوروبية وأمريكية إلى جانب توجهات عربية نحو إعادة النظر في تقييم المخاطر في الجزائر على خلفية التقرير الذي صدر عن صندوق النقد الدولي تحت عنوان: "الجزائر، إستقرار وإنتقال إلى إقتصاد السوق" الذي سجل نقاط إيجابية على مستوى مؤشرات الإقتصاد الكلي على الرغم من تراجع أسعار النفط في تلك الفترة. راجع جريدة "الخبر" بتاريخ 1999/05/09. ثم في شهر سبتمبر سنة 2003، صدر تقريـر آخـر عن البنك الدولي تحت عنوان: "تقييم مناخ الإستثمار في الجزائر" يشير إلى جهود ضخمة قامت بها الحكومة من أجـل جلب الإستثمار إلا أنه بالمقابل، سجل نفس التقرير نقائص تمثلت خاصة في قلة الأراضي الصناعية وضعف فـي أداء الإدارة وفي المنشآت القاعدية. ويوص تبعا لذلك بتجاوز هذه العراقيل من أجل تحسين مناخ الإسـتثمار. وثيقـة غيـر منشورة.

قائمة المختصرات

I- لأزام المجلّات المذكورة:

A.F.D.I : Annuaire Français de Droit International.
A.I.D.I : Annuaire de l'Institut de Droit International.
A.J : Arbitration Journal.
A.S.D.I : Annuaire Suisse de Droit International.
C.I.J : Recueil des Décisions de la Cour Permanente de Justice.
C.P.J.I : Recueil : Recueil des décisions de la Cour Permanente de Justice Internationale.
D. Recueil Dalloz : D.P : Recueil périodique Dalloz ; D.H : Recueil Hebdomadaire Dalloz.
Doc. Franç. N.E.D : La Documentation Française, Notes et Etudes Documentaires.
D.P.C.I : Droit et Pratique du Commerce International.
G.P : Gazette du Palais.
I.C.L.Q (ou I.L.Q) (The) International and Comparative Law Quaterly (Angleterre).
I.L.M: International Legal Materials (USA).
I.L.R: International Law Reports (Angleterre).
J.C.P: Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique).
J.D.I : Journal de Droit International (ou Clunet).
J.O.R.A : Journal Officiel de la République Algérienne.
J.O.R.F : Journal Officiel de la République Française.
Juriscl. Adm, fasc : Jurisclasseur administratif, fascicule n° ….
Juriscl. Dr. Int, fasc : Jurisclasseur de droit international, fascicule. n° …
Rev.Adm : La Revue Administrative.
R.A.S.J.E.P : Revue Algérienne des Sciences juridiques, Economiques et Politiques (Alger).
Rev.Arb : Revue de l'Arbitrage.
Rev.Crit. D.I. Pr : Revue Critique de Droit International Privé.
R.B.D.I : Revue Belge de Droit International.
R.C.A.D.I : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (La Haye).
R.D.I.D.C : Revue de Droit International et de Droit Comparé (Bruxelles).
R.D.I.L.C : Revue de Droit International et de Législation Comparée (La Haye-Paris).
R.S.A : Recueil des Sentences Arbitrales publié par les Nations Unies.
R.T.D.L : Revue Tunisienne, droit et législation.
S : Recueil Sirey

م.م.ق.د: المجلة المصرية للقانون الدولي.

II- لأزام الهيئات والشركات البترولية:

A.A.A. : American Arbitration Association.

A.I.J.D : Association Internationale des Juristes Démocrates.

A.I.O.C : Anglo-Iranian Oil Company.

AMACO : American Oil Company.

ARAMCO: Arabian American Oil Company.

Ass.Gen: Assemblée Générale des Nations Unies.

B.E.A : Banque Extérieure d'Algerie.

B.I.R.D : Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement.

B.P : British Petroleum.

C.C.I : Chambre de Commerce Internationale.

C.D.I : Commission du Droit International des Nations Unies.

C.I.J : Cour Internationale de Justice.

C.I.R.D.I : Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

C.N.R.S : Centre Nationale de la Recherche Scientifique.

CNUCED : Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement.

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.

C.P.A : Cour Permanente d'Arbitrage.

C.P.J.I : Cour Permanente de Justice Internationale.

C.R.D.M.I.I : Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (Université de Dijon).

E.R.A.P : Entreprise de Recherche et d'Activité Pétrolières.

I.D.I : Institut de Droit International.

I.N.O.C : Irak National Oil Company.

I.P.C: International Petroleum Company.

L.I.N.I.C.O: Libyan National Oil Compagny.

N.I.O.C: National Iranian Oil Company (en Anglais). (en français S.N.I.P : Société Nationale Iranienne des Pétroles).

O.C.D.E : Organisation de Coopération et de développement

O.N.U : Organisation des Nations Unies.

O.N.U.D.I : Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel.

O.P.A.E.P : Organisation des Pays Arabes Exportateurs de Pétrole (En français). Pays membres : Arabie Saoudite, Libye, Koweït. (membres fondateurs), Algérie, Abou Dhabi, Qatar, Bahrein, Irak, Syrie. (L'Egypte a été suspendue en 1979). Son siège est à Koweït.

O.P.E.P : Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole ; (en anglais, O.P.E.C : Organisation of Petroleum Exporting Countries). Pays membres : Venezuela, Iran, Irak, Koweït, Arabie Saoudite, Qatar, Libye, Indonésie, Abou Dhabi, Algérie, Nigeria. Son siège est à Vienne.

SONATRACH : Société Nationale pour la Recherche, le Production, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures.

III- مختصرات أخرى:

C. cass. Civ : Cour de cassation, arrêt de la Chambre civile.

C. cass. Req : Cour de cassation, arrêt de la Chambre des Requêtes.

C.E : Conseil d'Etat.

Ch. : Chambre.

Comp : Comparé.

C.P.C.A : Code de Procédure Civile Algérien.

C.S : Cour Suprême (Algérie).

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

O.P.U : Office des Publications Universitaires (Alger).

P.U.F : Presses Universitaires de France.

T.G.I : Tribunal de Grande Instance.

الملاحـــق

الملحـــق I

نموذج من إتفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و ... متعلق بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات

الملحـ ـق II

بع f من العقود موضوع الرسالة

المـراجـع

I- **باللغـة العربيـة:**

مذكرات ورسائل دكتوراه :

- **الهاشمي القصوري**، القرارات التحكيمية أمام القاضي التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإقتصادية تونس I، السنة الجامعية 2000-2001.

مراجـع عامـة:

- **أحمد عبد الحميد عيشوΣ** ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1990، ص 76.

- **أحمد أبو الوفاء**، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية 1984، ص 296.

- **أحمد محيو**، المنازعات الإدارية، ترجمة فائق أنجق وبيود خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983، ص 69-89.

- **إدوارد عيد**، الشركات التجارية، شركات المساهمة، مطبعة النجوى بيروت 1980، ص 24.

- **إبرازايم أحمد إبرازايم**، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص 324.

- **أحمد أبو الوفاء**، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف الإسكندرية 1980، ص 175 وما يليها.

- **جابر جاد عبد الرحمان**، القانون الدولي الخاص العربي، في تنازع الإختصاص، دار المعارف الإسكندرية 1992، ص 175.

- **حفيظة السيد حداد**، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازاعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 1997، ص 275.

- **رشيد خلوفي**، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 53-54.

- **زكرياء محمد بيومي**، الطعون القضائية في فرض الضرائب على الدخل، دار الإتحاد العربي للطباعة، القاهرة 1974، ص 151.

- **عبد الناصر توفيق العطار**، مدخل لدراسة وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، القاهرة 1979، ص 157.

- **عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1972، ص 960.

- **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

- **عليوش قربوع كمال**، قانون الإستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.

- **عكاشة محمد عبد العال**، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت 1987.

- **عصام الدين القصبي**، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة 1993، ص 92 وما يليها.

- **علي صادق أبوزايف**، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية الطبعة الحادية عشرة، 1975، ص 72 وما يليها.

- **مسعود شيهوب**، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية والإجراءات المقامة أمامها، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص 313.

- **محمد طلعت الغنيمي**، التسوية القضائية للخلافات الدولية، الطبعة الأولى، مطبعة البرلمان، مصر 1953.

- **محمد بدر الدين مصطفى زايد**، المفاوضات الدولية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1991، ص 193.

- **محمد فؤاد عبد الباسط**، أعمال السلطة الإدارية – القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، السنة غير مذكورة، ص 27 وما يليها.

- **زاشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد**، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1999.
- **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والإتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتززيع، عمان 1997، ص 85.
- **نبيل أحمد حلمي**، التوفيق كوسيلة سلمية لحل النزاعات الدولية في القانون الدولي العام، دار النهضة، القاهرة 1983، ص 43.

مقـالات:

- **أبوزيد رضوان**: "الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد الثاني 1989، ص 44.
- **الحسن الوزاني الشازادي**: "بعض التصورات حول الهيئة القضائية المغاربية" المجلة المغاربية للقانون، مركز الدراسات والنشر، تونس 1990، ص 150-155.
- **أحمد شيخ قاسم**: "دور التحكيم التجاري الدولي" مجلة المحامون العددان 8 و9، دمشق 1991، ص 24.
- **أحمد الورفلي**: "خصوصيات التحكيم في ميدان الإستثمار" المجلة التونسية للتحكيم، منشورات مركز تونس للمصالحة والتحكيم عدد 01 تونس 2001. ص 57-94.
- **أحمد الورفلي**: "الإتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم" المجلة التونسية للتحكيم، منشورات مركز تونس للمصالحة والتحكيم، عدد 02 تونس 2002، ص 12 و23.
- **زكرياء محمد بيومي**: "الخبرة في منازعات الضرائب المباشرة في التشريع الضريبي الفرنسي"، مجلة القاهرة بالخرطوم، العدد 04، 1973 ص 298 وما بعدها.
- **عز الدين عبد الله**: "إتفاقية جامعة الدول العربية" مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، العدد 356، 1974، ص 311.

- **عبد الحميد الأحدب**: "القرار التحكيمي في ميدان الإستثمار الدولي، العلاقة بين قرارات القاضي في بلد الأصل وقرارات القاضي في بلد التنفيذ"، المجلة التونسية للتحكيم، منشورات مركز تونس للمصالحة والتحكيم، العدد 01 تونس 2001، ص 29 وما يليها.

- **عمار عوابدي**: "المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، وفكرة القرار السابق" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية عدد 04، 1994، ص 438-472.

- **عبد الوهاب البازلي**: "تعليل القرارات التحكيمية من خلال بعض الإتفاقيات الدولية والإقليمية والتشاريع الداخلية" مؤتمر مراكز التحكيم العربية حول "التحكيم العربي، الحاضر والمستقبل" بيروت من 16 إلى 19 ماي 1999، مجلة التحكيم العربية، عدد 02 جانفي 2000، ص 132.

- **مسعود شيهوب**: "تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 29588 الصادر بتاريخ 19 مارس 1983، مجلة الفكر القانوني، عدد 03، 1984، ص 148.

- **محمد العربي هاشم**: "تعليق على قرار إستئنافي عدد 44967 مؤرخ في 05 ديسمبر سنة 1979"، المجلة التونسية للتشريع 1980، ص 159.

- **هشام علي صادق**: "مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الفوري"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، 1994، ص 107 وما يليها.

- **فاطمة بن سنوسي**: "مبدأ وجوب التظلم السابق كشرط من شروط قبول الدعوى"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية رقم 02، 1996 ص 330.

II - باللغة الأجنبية:

Traités et manuels :

- **De Laubadère. A**, Traité de droit administratif, vol IV L.G.D.J, Paris, 1977, pp. 94-95.
- **Fouchard. Ph**, Traité de l'arbitrage commercial international, éd LGDJ, Paris, 1997.
- **Issad. M**, Droit international privé, les règles matérielles, OPU, Alger, 1983, p. 246.
- **Issad. M,** Droit international privé, les règles de conflits, OPU, Alger, 1983, p. 293 et s.
- **Mahiou. A**, Cours d'institutions administratives, OPU - Alger, 1981, pp. 89-181.
- **Mézghani. A**, Commentaires du code de droit international privé, OPU, Tunis, 1999.

Mémoires et thèses :

- **Amadio. M**, Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965. Paris, L.G.D.J, 1967, p 98.
- **Arouni. M**, L'assistance internationale au recouvrement d'impôts, mémoire d'études supérieures de droit, Université Mohamed V, Rabat 1996.
- **Belaid. S**, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, thèse, PUF, Paris, 1973.
- **Belhimer. A**, La dette extérieure de l'Algérie, une analyse critique des politiques d'emprunts et d'ajustement, thèse, éd Casbah, Alger, 1998.
- **Ben Badis. F**, La saisine du juge administratif OPU, Alger, 1985, thèse.
- **Bencheneb. A**, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, Alger, 1984, p. 86 et p. 128.
- **Ben Letaief. M**, L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie, thèse, faculté de droit et des sciences politiques Tunis I, 1987.
- **Ben Miled. H**, La compétence de la cour arabe de justice selon l'avant – projet de statut, mémoire DEA, faculté de droit et des sciences politiques, Tunis I, année universitaire, 1981-1982.
- **Berchiche. Z**, Typologie des sociétés commerciales dans le code de commerce réformé : avantages et inconvénients de chaque forme sociale, mémoire magister, option : contrats et responsabilités, faculté de droit, Alger, 1996.
- **Boussoumah. M**, L'entreprise socialiste en Algérie, OPU et Economica, 1982.
- **Bouzana. B**, Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, OPU-Publisud, Alger Paris, 1985, thèse, p. 147 et s.

- **Cheikh Ould. A**, La protection des investissements privés étrangers en Mauritanie, mémoire DEA, option : droit international, faculté de droit et des sciences politiques. Tunis I, année universitaire 1996-1997, p. 120 et s.
- **Gara. N**, La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), mémoire DEA, droit privé, faculté de droit de Tunis I, 1988, p. 113.
- **Gara. N**, Le consentement de l'Etat à l'arbitrage relatif à l'investissement privé international, contribution à l'étude des grandes tendances dégagées de la jurisprudence CIRDI, thèse, faculté de droit et des sciences politiques, Tunis I, année universitaire 2000-2001.
- **Horchani. F**, L'investissement inter-arabe, recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements, thèse, C.E.R.P, Tunis, 1992.
- **Issad. M**, Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur, L.G.D.J, Paris 1970, pp. 14 et 83.
- **Laggoune. W,** Le contrôle de l'Etat sur les entreprises privées en Algérie, thèse, Institut de droit, Alger, 1995.
- **Loquin. E**, L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial, Litec, Paris, 1980.
- **Medji. MS**, Analyse du code des investissements 93/12 du 05 octobre 1993, mémoire magister, faculté de droit, Alger 1995, p. 72 et s.
- **Rxcy. JF**, Le statut juridique des entreprises arabes conjointes. Etudes sur l'incorporation internationale de l'activité entrepreneuriale, thèse, Aix-Marseille, 1985.
- **Saâda. R**, L'Union du Maghreb arabe, mémoire DEA, faculté de droit de Tunis I, année universitaire 1990-1991.
- **Terki. N**, Les sociétés étrangères en Algérie, OPU – Alger, 1976, p. 252 et s.
- **Youssfi. M**, Les garanties légales et avantages fiscaux offerts aux investisseurs étrangers dans les pays en développement et en Algérie, thèse, fac.Droit, Lyon III, 1993.
- **Zahi. A**, L'Etat et l'arbitrage, OPU-Publisud, Alger – Paris, 1986, thèse, p. 223 et s.

Ouvrages généraux :

- **Ancel. J.P**, L'actualité de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction. L.G.D.J, 1995.

- **Audit. B**, L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat. Centre d'étude et de recherche du droit international et des relations internationales, la Haye, 1987, p 43 et s.
- **Benissad. H**, La réforme économique en Algérie (ou l'indicible ajustement structurel), OPU, Alger, 1991.
- **Bettems. D**, « Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales », Méta, Lausanne, 1988, p. 82.
- **Blanchini. C**, L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction, préface Gaudemet, L.G.D.J, 1995.
- **Bouguerra. H**, Le commerce technologique entre pays d'inégal développement, P.U.F, Aix-en-Provence, 1977.
- **Bouhacène. M**, Droit international de la coopération industrielle, OPU, 1982.
- **Bourel. P**, Droit international privé, Précis Dalloz, Paris, 1978.
- **Chappez. J**, La règle de l'épuisement des voies de recours internes, LGDJ, Paris, 1972.
- **Clavel. J.O.D**, De la négociation diplomatique multilatérale, éd Bruylant, L.G.D.J, Paris, 1991.
- **David. R**, L'arbitrage dans le commerce international, éd Economica 1982, p. 47.
- **De Boissésson. M,** Le droit français de l'arbitrage, éd Joly Paris, 1990.
- **De Boissésson. M**, Le droit français de l'arbitrage interne et international, L.G.D.J, Paris 1990.
- **De Bourné. GM**, Le monopole, P.V.F, collection, que sais-je ? Paris, 1986, p. 4 et s.
- **Dubin. JP**, Le contrôle administratif sur les établissements publics, L.G.D.J, Paris, 1982, pp. 32-33.
- **Dupuy. PM**, La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origines technologique et industrielle, Pédone. A, Paris, 1976.
- **El Ahdab. A**, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris, 1988.
- **Eugenie. P**, Les recours administratifs obligatoires. Etude comparée des droits allemand et français, LGDJ, Paris, 1996, p. 194.
- **Farjat. G,** Droit économique, PUF, 2ème éd, Paris, 1982.
- **Fouchard. Ph,** L'arbitrage commercial international, LGDJ, Paris, 1965.
- **Guy. G,** L'importance des bénéfices des sociétés françaises aux Etats-Unis, L.G.D.J, Paris, 1979, p. 15.
- **Hein. K**, Les conciliateurs, la conciliation, une étude comparative, Economica, Paris, 1983, p. 89.

- **Horchani. F**, Le règlement pacifique des différends internationaux, éd CERP, Tunis, 1992, p. 156.
- **Jacque. JP**, Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, LGDJ, Paris, 1965.
- **Kassis. A**, Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, les déviations de l'arbitrage institutionnel, LGDJ, 1988, p. 226.
- **Kassis. A**, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, Tome I. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, LGDJ, Paris 1987.
- **Kook. K**, « La procédure amiable », C.D.E.I, 1981, pp. 53-91.
- **Lalive. P,** Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Economica, Lausanne, 1998, p. 401 et s.
- **Laviec. JP**, Protection et promotion des investissements. Etudes de droit international économique, PUF, Paris, 1985, p. 305.
- **Le Boulanger. Ph**, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, 1985.
- **Mayer. P**, Droit international privé, LGDJ, Paris, 1994.
- **Mester. J,** La subrogation personnelle. LGDJ, Paris, 1976.
- **Michaud. P**, Fiscalité internationale, technique et documentation, Paris, 1982, p. 286 et s.
- **Osman. F**, Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique national, L.G.D.J, Paris, 1992.
- **Plantey. A**, La négociation internationale, principes et méthodes, éd CNRS, Paris, 1980, p. 12.
- **Robert. J**, « L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé », Dalloz, 6ème éd, 1993, p. 112.
- **Terki. N**, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU – Alger, 1999, p. 127.
- **Touzery. L,** Le plan français, mythe ou réalité, Economica, Paris, 1986, p. 5 et s.

Articles :

- **Adda. J,** « La mondialisation de l'économie », I Genève, la Découverte, Repères, 1996, p 79.
- **Anastassopoulos. J.P**, « Les entreprises publiques entre autonomie et la dépendance », R.M.P, vol 3, n° 2, juin 1985, p 73.
- **Andreff. W,** « Les multinationales globales », in la Découverte, Repère, 1996, p 12.
- **Arnaldez. J.J**, « L'acte de mission dans l'arbitrage commercial international », in Mélange Bellet, L.G.D.J, 1987, p. 42 et s.

- **Battiffol. H**, « La sentence et le droit international privé », Rev.crit DIP, 1964, 647.
- **Battiffol. H** « La sentence Aramco et le droit international privé », Rev.crit DIP, 1964, pp. 647-662.
- **Bedjaoui. M et Mebroukine. A**, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », in JDI, n° 4, 1993, pp. 873-909.
- **Bellet. P et Mezger. E**, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », Rev.crit DIP, 1981, p 611.
- **Bellet. P**, « Les conciliateurs en France », in les conciliateurs, la conciliation, une étude comparée, Economica, 1983.
- **Belaid. S**, « La Tunisie et l'arbitrage commercial international », Colloque, 2-3 et 4 novembre 1981, compte rendu, in RTD, 1981, p 755 et s.
- **Belhimer. A**, « Algérie (de 1986 à nos jours) », in le rôle de l'Etat dans le développement de l'économie. Approches nationales, éd Bruylant, IDEIF, 1995, pp 56-92.
- **Bennadji. Ch**, « Investissement, Etat de droit et suppression d'une voie de droit », in Lettre juridique n° 25/26, 1995, pp. 27-28.
- **Bencheneb. A**, « Droit conventionnel des investissements et arbitrage », in Actes du séminaire sur arbitrage commercial international, Alger, 14-15 décembre 1992. pp, 113-114.
- **Bencheneb. A**, « La loi algérienne du 5 octobre 1993 relative à l'investissement », in RTD 1995, p. 44.
- **Bencheneb. A**, « Souveraineté, développement et perspective du nouvel ordre économique international », Colloque, 11-14 octobre, Alger, 1976, p. 15.
- **Beckchi. M.A**, « L'investissement et le droit en Algérie, lecture d'une mutation vers le libéralisme économique », in Lettre juridique, n° 26, 1995, pp. 03/10.
- **Béguin. J**, « Les grands traits du décret français du 21 mai 1981 sur l'arbitrage international », Journée, Société et législation comparée, Paris, 1983, p. 359.
- **Bhouri. H**, « La négociation », in Règlement pacifique des différends internationaux, OPU, Tunis, Bruylant Bruxelles, 2002.
- **Bindchedler. R.D**, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », R.S.J.B, 1964, p. 141.
- **Bernardini. P**, « Les arbitrages pétroliers et le droit appliqué par les arbitres », in Actes du colloque euro-arabe sur l'arbitrage dans les relations commerciales euro-arabes. Chambre de commerce euro-arabe, Sousse, 24-27, septembre 1983.
- **Bernard. A**, « Le tribunal des différends Irano-Américains », (1981-1984), Clunet 1985, p. 791 et s.

- **Bernin. G**, « L'exécution des sentences arbitrales », in les techniques de l'arbitrage commercial international, séminaire de la CCI, 27-30 janvier 1980, Malburn (liechtensien), pp. 01-42.
- **Bollecher. Stern. B**, « Problèmes récents du droit pétrolier », in Droit économique, A. Pédone, Paris, 1978.
- **Bouony. L**, « Les personnes morales de droit public et l'arbitrage », in les entreprises tunisiennes et l'arbitrage international, Colloque 2-3 et 4 novembre 1984, éd C.E.R.P, Tunis 1983, p 247 et s.
- **Bourque. J.F**, « L'expérience du centre international d'expertise de la CCI devant le développement de l'expertise internationale », Rev.arb, 1995 n° 231.
- **Bourquin. M,** Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale ? Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant, LGDJ, Paris, 1970, p 28 et s
- **Boussoumah. M**, « La notion d'entreprise publique en droit algérien », in R.A.S.J.E.P, n° 1989, pp. 29-87, spéc, p. 76.
- **Borella. F**, « Le droit public économique algérien », in R.A.S.J.E.P, 1966.
- **Bredin. JD**, « La convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », JDI, 1960.
- **Bredin. JD**, « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », JDI, 1962, p. 631.
- **Bredin. JD**, « L'abus des voies de recours dans les procédures arbitrales », Rev.arb, 1965, n° 3, p. 77.
- **Broches. A**, « L'évolution du CIRDI », Rev.arb, 1979.
- **Broggini. G**, « Réflexion sur l'équité dans l'arbitrage international », Bull, A.S.A, 1991, p. 95.
- **Charpentier. J**, « De la non-discrimination dans les investissements », in AFDI, vol IX, 1963.
- **Christine et Patrick**, « L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans les années 80 », JDI, 1991, pp. 947-974.
- **Carabiber. Ch**, « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », in RCADI, vol 99, 1960, pp. 262-318.
- **Carabiber. Ch**, « L'exécution des sentences arbitrales internationales », Rev.arb 1964, n° 1, pp. 3 et 9.

- **Chealy. L**, « L'ordre public et l'exequatur des sentences arbitrales », in séminaire sur l'exequatur, 25 et 26 avril 1996. Faculté des sciences juridiques politiques et sociales Tunis II.
- **Courteau et Pierre**, « L'exécution des sentences arbitrales internationales aux U.S.A », Rev.arb, 1976.
- **David. N**, « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers : question d'un praticien », JDI, 1986, p. 79.
- **Delaume. G**, « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. La pratique du CIRDI », JDI, 1989, p. 775 et s.
- **Delaume. G**, « La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », JDI, 1966, p. 46.
- **Delaume. G**, « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », Clunet 1982.
- **Delaume. G**, « Des stipulations du droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle », in Rev.Belge de droit international, 1968.
- **Delaume. G**, « L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux », JDI, 1984.
- **Delaume. G**, « L'affaire du plateau des pyramides et le CIRDI, considérations sur le droit applicable », in Rev.arb 1994, p. 42.
- **Delion. A.G**, « Les entreprises publiques et le concept d'efficacité », R.F.A.P, n° 20, oct-déc 1981, p. 13.
- **Delion. A.G**, « L'évolution du contrôle des entreprises publiques en France », in R.F.A.P, 1984, p. 689.
- **Dérains. Y**, « Clauses et procédures d'arbitrage international dans les pays arabes », in Colloque euro-arabe sur l'arbitrage dans les relations commerciales euro-arabes. Chambre de commerce euro-arabe. Sousse, 24-27 sept 1983.
- **Dérains. Y,** « Le choix du lieu de l'arbitrage », in RDAI n° 2, 1986, p. 2 et s.
- **Dérains. Y**, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in Etudes Goldman, 1987, pp. 29 et 37.
- **Dérains. Y**, « Chronique des sentences arbitrales de la chambre de commerce internationale », Clunet 1997, p. 949.
- **Dérains. Y**, « Les arbitrages de la CCI et les pays en développement », in les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, Colloque, 2-3 et 4 novembre 1981, C.E.R.P, Tunis 1983, p. 26.

- **Dérains. Y**, « L'application cumulative par les arbitres des systèmes de conflit des lois intéressés au litige », Rev.arb, 1972, p. 99.
- **Dérains. Y**, « Expertise technique et référé arbitral », Rev.arb, 1982, pp. 239 et 242.
- **Dérains. Y**, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions internationales », Rev.arb, 1973.
- **De Visscher. P**, « La protection diplomatique des personnes morales », RCADI, 1961, p. 440.
- **Dimolista. A**, « autonomie et Kompetez – Kompetenz », Rev.arb, 1998.
- **Douence. J.C**, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », in R.D.A, 1972, p. 753.
- **Douence. J.C**, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », in R.D.P, 1971, p. 4.
- **El Ahdab. A**, « L'arbitrage en Arabie Saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985 », in Rev.arb, 1986, p 263 et s.
- **El Ahdab. A**, « Le centre arabe d'arbitrage commercial à Raba. Convention arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial (1987) », Rev.arb, 1993, n° 3, p. 186 et s.
- **El- Geddacy. AK**, « L'arbitrabilité du litige en droit égyptien, une ouverture au commerce international », in le rôle de l'Etat dans le développement économique, approches nationales, éd INDEIF, 1997, p. 18.
- **El Hakim. J,** « Evolution de quelques droits nationaux de l'arbitrage international – domaine de l'arbitrage et exécution des sentences », in le rôle de l'Etat dans le développement de l'économie, approche nationale, éd Bruylant, INDEIF, 1995.
- **Eiseman. F**, « La double sanction prévue par la convention BIRD en cas de collusion ou d'entente similaires entre un arbitre et la partie qui l'a désigné », in AFDI 1977, p. 439.
- **Fadlallah. I,** « L'ordre public dans les sentences arbitrales », RCADI, 1994, p. 902.
- **Fouchard. Ph**, « Les garanties juridiques accordées aux investissements étrangers en Tunisie », RTD, 1975, p. 8 et s.
- **Fouchard. Ph**, « Les travaux de la CNUDCI, le règlement arbitral », Clunet 1979, n° 57.
- **Fouchard. Ph**, « La rédaction des conventions d'arbitrage », in Colloque sur les entreprises tunisiennes et arbitrage commercial international, Tunis 2-3 et 4 novembre 1981, p. 9.
- **Fouchard. Ph**, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », JDI, 1982, n° 25.
- **Fouchard. Ph**, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev.arb, 1985, p. 5 et s.

- **Fouchard. Ph**, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », Clunet 1987, p. 861.
- **Foustoucos. A**, « La reconnaissance et l'exécution en Grèce des sentences arbitrales étrangères après récente réforme du droit de l'arbitrage », in Rev.arb, 1974, n° 4.
- **Gaillard. E**, « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », in Recueil des sentences arbitrales, Rev.DI, 1989, p. 168.
- **Gaillard. E**, « Chronique des sentences arbitrales du CIRDI », in JDI, 1991.
- **Gaillard. E**, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage international », Rev.arb, 1990, p. 759 et s.
- **Gaillard. E**, « Instance arbitrale », Juris. Clas DIP, 1994.
- **Gaillard. E**, « Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit conventionnel », in Juris Clas DI, Fasc 586-10.
- **Gaillard. E**, « Trente ans de lex mercatoria, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI, 1995, p. 12 et s.
- **Gaillard. E,** « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », JDI, n° 4 1989.
- **Goldman. B**, « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre international », Rev.arb, 1981, p. 469.
- **Goldman. B**, « Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé », CADI, la Haye, p. 351.
- **Goldman. B**, « La lex mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux », JDI 1979, p. 475 et s.
- **Goldman. B**, « Le droit applicable selon la convention BIRD du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », in investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, 1969.
- **Goldman. B**, « L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », in cour d'arbitrage CCI 60ème anniversaire 1984.
- **Goldman. B**, «Arbitrage (droit international privé) », in Rép DI, Dalloz, Paris, 1968, n° 288.
- **Giardina. A**, « L'exécution des sentences du CIRDI », Rev.crit DIP. 1988, p. 273.
- **Guillaumond. R,** « Sur la conciliation interne et internationale », Semaine juridique, 1983.
- **Hachem. M.L**, « L'arbitrage international dans le nouveau code de l'arbitrage », in RTD 1993, p. 35.

- **Hachem. M.L**, « Le droit applicable au contrat d'investissement selon l'article 42 de la convention BIRD », in RTD, 1992.
- **Hanotiau. A**, « L'arbitrabilité et la faveur arbitrandum : un réexamen », JDI, 1994.
- **Hermann. G**, « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends », Rev.arb, 1985, p. 343 et s.
- **Horchani. F**, « Le règlement des différends dans la législation tunisienne relative à l'investissement », in RTD, 1991, pp. 157-158.
- **Huet. A**, « Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français », JDI, 1988, p. 21 et s.
- **Huzé. V**, « La morale, l'arbitre et le juge », Rev.arb, 1993.
- **Issad. M**, « Les techniques juridiques dans le cadre du développement économique », Colloque sur droit international et développement, Alger, 11-14 oct 1976, p. 12.
- **Issad. M**, « L'arbitrage en Algérie », Rev.arb, 1977, p. 219.
- **Issad. M**, « Nouvel ordre économique et nouvel ordre juridique », Révolution africaine du 06 au 12 juin 1980, n° 850, pp. 58-60.
- **Issad. M**, « La loi du 28 août 1982 sur les sociétés d'économie mixte », in R.A.S.J.E.P, 1984, n° 2.
- **Issad. M,** « Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements », in R.A.S.J.E.P, 1991, pp. 717-420.
- **Issad. M,** « L'exequatur dans le droit conventionnel maghrébin », in Rev.maghrébine de droit, n° 5, Tunis 1995.
- **Issad. M,** «Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », Rev.arb, 1993.
- **Jarnier. S**, « La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », Rev.arb, 1986, p. 510.
- **Juillard. P**, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », in Clunet 1979, p. 297.
- **Juillard. P**, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France : à la recherche d'un droit perdu », in DPCI, n° 1, 1987, p. 9.
- **Kessedjian. C**, « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev.arb, 1985, p. 381 et s.
- **Khan. Ph**, « Les hydrocarbures gazeux et le développement des pays producteurs », in Travaux du CRIDMI, Litec, Paris, 1974, pp. 282-283.

- **Khan. Ph**, « Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage », in Colloque juridique international. Les investissements et le développement économique des pays du tiers-monde, mai 1967, Pédone. Paris 1968.
- **Khan. Ph**, « Droit international économique », in mélanges Goldman. 1976, p. 97 et s.
- **Khemakham. R**, Rapport introductif, in l'arbitrage à l'ère de la mondialisation, Colloque international. Institut supérieur de la magistrature, Tunis, 24 avril 1998, p. 7.
- **Kiss. A.Ch**, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la politique internationale », in la personne morale et ses limites LGDJ, Paris, 1960.
- **Klein. F.E**, « L'arbitrage de droit international privé », in ASDI, 1963, pp. 41-62.
- **Kopelmanas. L**, « Le rôle de l'expert dans l'arbitrage commercial », Rev.arb, 1979, p. 205.
- **Kopelmanas. L**, « La protection des investissements privés étrangers », in DPCI, 1987, pp. 3-12.
- **Kovar. R**, « La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », in Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et personnes privées. La convention BIRD du 18 mars 1965, Pédone, Paris, 1966, p. 28.
- **Kovar. R,** « La compétence du CIRDI », in Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées (CREDIMI), Paris, 1969.
- **Lalive. P**, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère », in Annales suisse, DIP, 1968.
- **Lalive. P**, « Les règles de conflits appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », Rev.arb 1976, p. 170.
- **Lalive. P**, « Problèmes spécifiques de l'arbitrage », in Rev.arb, 1980, pp. 341-363.
- **Lalive. J.F**, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et entreprises privées. Développements récents », RCADI, la Haye, t. 181.
- **Lalive. P**, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », in Etudes Bellet, Litec, 1991, p. 301.
- **Lalive. JF**, « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères », Rev.crit DIP, 1978.
- **Lalive. P et Gaillard. E**, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », in JDI, 1989.
- **Le Boulanger. Ph**, « Etat, politique et arbitrage, l'affaire de plateau des pyramides », Rev.arb, 1986.
- **Lionnet. K,** « Arbitration and mediation. Alternatives of opposites », J. int.arb, 1987.

- **Loquin. E**, « Arbitrage, Instance arbitrale. Arbitrage en droit et amiable composition », Juris Cl, Pro.civ, Fasc 1038, 1994.
- **Loquin. E**, « Perspective pour une réforme des voies de recours », Rev.arb, 1992, p. 340.
- **Loquin. E,** « La réalité des usages du commerce international », Rev.Int.Dr.Eco, 1989.163.
- **Loquin. E**, « L'application des règles internationales dans l'arbitrage commercial international », in l'apport de la jurisprudence arbitrale, publication CCI, n° 440-1, 1986, p. 67 et s.
- **Luchaire. F,** « L'aide internationale aux pays sous-développés », Rec.Penant, 1964, pp. 2-295.
- **Malaurie. P**, Ordre public, in Encyclopédie Dalloz, Rep. dr. civ, n° 29 et s.
- **Mayer. P**, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev.arb, 1994, n° 239 et s.
- **Mayer. P**, « Les lois de police étrangères », JDI, 1981, p. 277.
- **Mayer. P**, « Les lois de police », in trav.com.fr. DIP, journée du cinquantenaire, 1988.105.
- **Mebroukine. A,** « Le règlement algéro-français du 27 mars 1983 », Rev.arb, 1986, pp. 191-232.
- **Mebroukine. A et Bedjaoui**. M, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », JDI, n° 4, 1993.
- **Mebroukine. A**, « Actualité du droit algérien de l'arbitrage international », in R.D.A.I, n° 3, 1994, p. 29 et s.
- **Mézghani. A,** « Observations sur les différends ordres juridiques applicables aux contrats commerciaux internationaux » in RTD, 1985.
- **Mezger. E et Bellet. P**, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », Rev.crit DIP, 1981, p. 633.
- **Mezger. E**, « Dix questions relatives au titre VI du livre IV du NCPC », Rev.arb, 1981, p. 543.
- **Nguyer. QD**, « Les commissions de conciliation sont-elles aussi des commissions d'enquête ? », in RGDIP, 1967.
- **Nisot. J**, « Le jus cogens et la convention de Vienne sur les traités », RGDIP, 1972, pp. 692-697.
- **OCD**, modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune, Rapport du comité des affaires fiscales de l'OCDE, Paris, OCDE, 1977, n° 225.
- **ONU,** modèle de convention des Nations – Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, New York, Nations-Unies, 1980, p. 291. Code, ST/E.S.A/102.

- **Ouakrat. P**, « La pratique du CIRDI », in DPCI 1987, n° 4, p. 273.
- **Ouakrat. P**, « L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires, étude générale », in DPCI, 1987, pp. 267-271.
- **Ouerfli. A**, « Chrononique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage », Bull de l'association suisse de l'arbitrage, 2000, n° 18, p. 258 et s.
- **Ouerfli. A**, « L'arbitre peut-il prendre une injonction de payer », Rev.tun.dr et légis, mai 1999, p. 37 et s.
- **Oppetit. B**, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », JDI, 1993.811, spéc, p. 819.
- **Padis. P**, « L'affrontement des économies socialistes et capitalistes dans le monde de l'arbitrage international en 1972 », G.P du 22 mai 1973, Doctrine, p. 365 et s.
- **Plagnet. B**, « Procédés techniques de suppression des doubles impositions », Juris. Cl. Droit international, fax 352 ou droit fiscal international, fax 16-2, éd 1982.
- **Panchaud. A**, « Le siège de l'arbitrage international de droit privé », Rev.arb, 1966, p. 3 et s.
- **Patrick et Christine**, « L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans les années 80 », JDI, 1981, pp. 947-974.
- **Pétrella. P**, « L'Europe entre l'innovation compétitive et un nouveau contrat social », Rev. Int des sciences sociales, n° 143 mars 1995, pp. 21-34.
- **Pommier. JC**, « La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », JDI, 1992.5.
- **Poudret. JF**, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ?, in Rev.arb, 1998, n° 1, p. 26 et s.
- **Pruno. L,** « Problèmes soulevés par les demandes des doubles nationaux devant le tribunal des différends Irano-Américains », Rev.crit DIP, 1985, p. 273.
- **Rambaud. P**, « Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger », (sentence A.A.P.L.C / gouvernement Srilanka) in AFDI, 1992, p. 501 et s.
- **Rambaud. P**, « Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI », in A.F.D.I, 1982, p. 471 et s.
- **Rambaud. P**, « Arbitrage, concession et nationalisation, quelques observations sur la sentence B.P », in AFDI, 1981, pp. 222-230.
- **Rambaud. P**, « L'annulation des sentences Klöchner et Aramco », in AFDI, 1968, pp. 259-274.
- **Rambaud. P**, « Note sur l'extension du système CIRDI », AFDI, 1993, p. 290 et s.

- **Rigaud. F,** « Des dieux et des héros, réflexions sur une sentence arbitrale », Rev.crit DIP, 1978, p. 435.
- **Rigaud. F,** « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », Ann.Droit, 1983, p. 285.
- **Rigaud. F,** « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », in Etudes offertes à Goldman. B, p. 241.
- **Robert. J**, « Le nouveau règlement de conciliation et arbitrage de la chambre de commerce internationale », Rev.arb, 1976.
- **Robert. J**, « La convention de New York du 10 juin 1958 », in Dalloz, 1958, chr, p. 1223.
- **Robert. J**, « L'arbitrage en matière internationale », D. 1981, chr, p. 209.
- **Rouhette. SG**, « L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de commun law », Rev.arb, 1974, p. 353 et s.
- **Sanders. P**, «Vingt années de la convention de New York de 1958 », in DPCI, 1979, p. 359.
- **Shihata. Ib**, « L'Agence multilatérale de garantie des investissements », in AFDI, 1987, pp. 601-613.
- **Siorat. L**, « Les limitations apportées à la souveraineté des Etats par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux », Dijon, 1980, pp. 58-100.
- **Stephen. R.B**, « La constitution du tribunal arbitral », Bull CCI n° spécial, déc 1997, p. 22.
- **Stern. B**, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières lybiennes devant l'arbitre international », in Rev.arb, 1980, n° 3, spéc, p. 8 et s.
- **Tandeau. DMX**, « Les techniques de l'arbitrage commercial », in Séminaire de la CCI, 27-30 janvier 1980, Mabum (Liechtenstein), p. 19.
- **Thery. Ph**, « Quelques observations à propos de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution », Rev.arb 1991, p. 727.
- **Thery. Ph**, « Les procédures civiles d'exécution et le droit de l'arbitrage », Rev.arb, 1993, p. 159.
- **Terki. N**, « L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie », Rev.arb, 1990, p. 585 et s.
- **Terki. N**, « L'entreprise algérienne et la négociation des contrats internationaux », Actes du séminaire, 22-24 déc 1991, pp. 69-71.
- **Touret. D**, « Le principe de l'égalité souveraine des Etats fondement du droit international », R.G.D.I, 1971, p. 180.

- **Touscoz. J**, « Le règlement des différends dans la convention instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), un développement de l'arbitrage international et de droit des investissements », Rev.arb, 1988, p. 632.
- **Van Hecke. G**, « Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers », R.G.D.I.P, 1964, p. 641.
- **Vedel. G**, « La technique des nationalisations », Droit social, 1946, p. 95.
- **Virally. M**, « Le principe de la réciprocité en droit international contemporain », RCADI, T 22, 1976, pp. 1-106.
- **Virally. M**, « Réflexions sur le jus cogens », in AFDI, 1967, p. 7.
- **Weil. P,** « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », RCADI, 1969, T. III, pp. 217 et s.
- **Weil. P**, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », Mélanges Rousseau, A. Pédone, Paris, 1974, pp. 308 et s.
- **Wetter. J.G**, « Dispute prévention méthodes - New Neans of settling disputes », rapport présenté lors du 28ème congrés de la CCI à Stockholm le 17 juin 1984, J.int. Arb, 1984, pp. 10-11.
- **Zahi. A**, « La conciliation et le processus arbitral », R.A.S.J.E.P, n° 4, 1993, p. 711.

1- النصوص التشريعية والتنظيمية

أ- النصوص التشريعية:

1- الأوامر:

- أمر رقم 284 المؤرخ في 17 جمادي الأول عام 1386 الموافق 15 سبتمبر سنة 1966، يتضمن قانون الإستثمارت، الجريدة الرسمية، ص 1202.

- أمر رقم 95-04 مؤرخ في 19 شعبان عام 1415 الموافق 21 يناير سنة 1995، يتضمن الموافقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية، العدد 7، 15 فبراير سنة 1995، ص 07.

- أمر رقم 95-05 مؤرخ في 19 شعبان عام 1415 الموافق 21 يناير سنة 1995، يتضمن الموافقة على الإتفاقية المتضمنة إحداث الوكالة الدولية لضمان الإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 7، الموافق 15 فبراير 1995، ص 07.

- أمر رقم 01-02 مؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 يتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47 المؤرخ في 3 جمادي عام 1422 الموافق 22 غشت سنة 2001، ص 04.

2- القوانيـن:

- قانون رقم 63-277 الصادر في 26 جويلية 1963، يتضمن قانون الإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 53، 2 أوت 1963، ص 774.

- قانون 66-248 الصادر في 15 سبتمبر سنة 1966، يتضمن قانون الإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 80، 17 سبتمبر 1966،ص 1202.

- قانون 82-13 مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1402، الموافق 28 غشت سنة 1982، متعلق بتأسيس الشركات المختلطة الإقتصاد وسيرها. الجريدة الرسمية العد 35، 31 غشت 1982، ص 1724.

- قانون رقم 86-13 مؤرخ في 19 غشت 1986 يعدل ويتمم القانون رقم 82-13 متعلق بتأسيس الشركات المختلطة الإقتصاد وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 35، 27 غشت 1986.

- قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، الجريدة الرسمية، 13 يناير 1988.

- قانون رقم 88-03 مؤرخ في 12 يناير 1988 يتعلق بصناديق المساهمة، الجريدة الرسمية، 13 يناير 1988.

- قانون رقم 88-04 مؤرخ في 12 يناير 1988، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الإقتصادية، الجريدة الرسمية، 13 يناير 1988.

- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق 14 أبريل سنة 1990، يتعلق بالنقد والقرض.الجريدة الرسمية، العدد 16، 18 أبريل 1990م، ص 517.

- قانون رقم 91-24 مؤرخ في 6 ديسمبر 1991 يعدل ويتمم القانون 84-06 الصادر في 7 جانفي 1984، يتعلق بالنشاطات المنجمية، الجريدة الرسمية، عدد 64، 11 ديسمبر 1991.

3- **المراسيم التشريعية**:

- مرسوم تشريعي رقم 93-01 مؤرخ في 19 جانفي 1993، يتضمن قانون المالية لسنة 1993. الجريدة الرسمية، العدد 04، 20 يناير 1993، ص 03.

- مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1403 الموافق 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن للقانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 27، 27 أبريل 1993، ص 03.

- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة

الرسمية، العدد 27، الموافق 5 أكتوبر سنة 1994، يتعلق بترقية الإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 27، 27 أبريل 1993، ص 58.

- مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1993 يتعلق بترقية الإستثمار. الجريدة الرسمية، العدد 64، 10 أكتوبر 1993، ص 03.

ب- النصوص التنظيمية:

- مرسوم رقم 63-364 مؤرخ في 14 سبتمبر 1963، يصادق على الإتفاق الجزائري الفرنسي المتعلق بالتحكيم، الجريدة الرسمية، عدد 67 مكرر، 17 سبتمبر 1963، ص 966 وما بعدها.

- مرسوم رقم 81-500 مؤرخ في 12 ماي 1981، يتعلق بالتحكيم الدولي، الجريدة الرسمية الفرنسية، 14 ماي 1981.

- مرسوم رقم 87-222 مؤرخ في 13 أكتوبر 1987، يتضمن الإنتظام مع التحفظ إلى إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. الجريدة الرسمية العدد 07، 19 مارس سنة 1987، ص 1571.

- مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية من أجل الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958، الجريدة الرسمية، العدد 48، 23 نوفمبر 1988 ص 1599.

- مرسوم رئاسي، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن إصدار الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 09 أول مارس 1989.

- مرسوم رئاسي رقم 90-319 مؤرخ في 17 أكتوبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على الإتفاق الرامي إلى تشجيع الإستثمارات الموقع عليه واشنطن يوم 22 يونيو 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، الجريدة الرسمية، العدد 45، 24 أكتوبر 1990، ص 1406.

- مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 5 جمادي الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على الإتفاقية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ أول محرم عام 1411 الموافق 23 يوليو سنة 1990، الجريدة الرسمية، العدد 6، 6 فبراير سنة 1991.

- مرسوم تنفيذي رقم 91-321 مؤرخ في 14 سبتمبر سنة 1991، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 89-09 المؤرخ في 7 فبراير سنة 1989 والمتضمن كيفيات تحديد المناطق الواجب ترقيتها في إطار المادة 51 من القانون رقم 87-03 المؤرخ في 27 يناير سنة 1987 والمتعلق بالتهيئة العمرانية.

- مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1991 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والإتحاد الإقتصادي البلجيكي – اللكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، الجريدة الرسمية، العدد 46، 6 أكتوبر 1991، ص 1775.

- مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، الجريدة الرسمية، العدد 46، 6 أكتوبر 1991، ص 1779.

- مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 2 يناير 1994، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الإستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، الجريدة الرسمية، العدد 01، المؤرخ في 2 يناير 1994، ص 04.

- مرسوم تنفيذي رقم 94-319 مؤرخ في 12 جمادي الأول عام 1415 الموافق 17 أكتوبر سنة 1994، يتضمن صلاحيات وتنظيم وسير وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها، الجريدة الرسمية، العدد 67، 19 أكتوبر 1994، ص 03.

- مرسوم تنفيذي رقم 01-281 مؤرخ في 6 رجب عام 1422 الموافق 24 سبتمبر سنة 2001 يتعلق بتشكيلة المجلس الوطني للإستثمار وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية عدد 55، 26 سبتمبر 2001 ص 06.

- قرار رئيس الحكومة المؤرخ في 27 شعبان عام 1423 الموافق لـ 3 نوفمبر سنة 2002 يحدد تنظيم الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 73، 10 نوفمبر سنة 2002، ص 12.

- مرسوم تنفيذي رقم 02-314 مؤرخ في 7 شعبان عام 1423 الموافق 14 أكتوبر سنة 2002، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 6 رجب عام 1422 الموافق 24 سبتمبر سنة 2001 والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها.

- مرسوم رئاسي رقم 94-328 الموافق 22 أكتوبر 1994، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة رومانيا الموقع بالجزائر في 28 يونيو 1994 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 69، 26 أكتوبر 1994، ص 05.

- مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس سنة 1995، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، الجريدة الرسمية، العدد 23، 26 أبريل 1995، ص 05.

- مرسم رئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق لـ 5 أفريل سنة 1997 يتضمن المصادقة على إتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات

الموقعة في عمان بتاريخ أول غشت سنة 1996 الجريدة الرسمية عدد 20 لـ 6 أفريل سنة 1997، ص 04.

- مرسوم رئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق لـ 23 يونيو سنة 1997 يتضمن المصادقة على الإتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادي الثانية عام 1417 الموافق لـ 24 أكتوبر سنة 1996، الجريدة الرسمية عدد 43 لـ 25 يونيو سنة 1997، ص 04.

- مرسوم رئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 20 جمادي الثانية عام 1419 الموافق لـ 11 أكتوبر سنة 1998 يتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1417 الموافق لـ 29 مارس سنة 1997، الجريدة الرسمية، عدد 76 لـ 11 أكتوبر سنة 1997، ص 06.

- مرسوم رئاسي وقع 98-430 مؤرخ في 9 رمضان عام 1419 الموافق لـ 27 ديسمبر 1998 يتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليه في دمشق بتاريخ 12 جمادي الأول عام 1418 الموافق 14 سبمبر سنة 1997، جريدة رسمية، عدد 97 لـ 27 ديسمبر سنة 1998، ص 04.

- مرسوم رئاسي رقم 98-431 المؤرخ في 9 رمضان عام 1419 الموافق لـ 27 ديسمبر سنة 1998 يتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المالي حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليه في باماكو بتاريخ 52 صفر عام 1417 الموافق لـ 11 يوليو سنة 1996، الجريدة الرسمية عدد 97 لـ 27 ديسمبر سنة 1998، ص 08.

نصوص أخرى:

- نظام تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، 1975.

- القانون النموذجي حول التحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، 21 جوان 1985.

- نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، الساري إعتبارا من أول يناير سنة 1988.

- نظام المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات المنشئ بموجب الإتفاقية المتعلقة بتسوية النزاعات المرتبطة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المعد بواشنطن في 18 مارس 1965.

الفهـــرس

	الصفحة
مقدمـــة عامـــة	01
الجزء الأول: تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية في الإتفاقيات الثنائيـة للجزائر..	20
العنوان الأول: الإتفاقيات الثنائية بين الدولة الجزائرية ودول أخرى...........	22
الباب الأول: الإتفاقيات التي لا ينصب موضوعها على التحكيم التجاري الـدولي إلا بصفة متممة: حالة الإتفاقيات الثنائيـة للتشـجيع والحمايـة المتبادلـة للإستثمارات..	22
الفصل الأول: التسوية بالتراضي..	23
المبحث الأول: نطاق التوفيق..	23
المطلب الأول: النزاع..	23
المطلب الثاني: أطراف النزاع..	31
المبحث الثاني: الإجراء التوفيقي..	63
المطلب الأول: الإلتزام بالتوفيق..	63
المطلب الثاني: الأجل..	70
الفصل الثاني: التسوية عن طريق القضاء..	76
المبحث الأول: إختيار الهيئة القضائية.	76
المطلب الأول: الهيئات القضائية المختارة..	76
المطلب الثاني: خيار المستثمر..	90
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق والقرار التحكيمي........................	100
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق..	100
المطلب الثاني: القرار التحكيمي..	115

الباب الثاني: الإتفاقيات المنصبة أساسا على التحكيم التجاري الدولي: حالـة لائحـة التحكيم الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 27 مارس 1983...........	125
الفصل الأول: تكوين المحكمة التحكيمية.....................................	126
المبحث الأول: تعيين ورد وإستبدال المحكمين.........................	127
المطلب الأول: تعيين المحكمين.....................................	127
المطلب الثاني: رد وإستبدال المحكمين...........................	129
المبحث الثاني: مهمة وإختصاص المحكمة التحكيمية..................	132
المطلب الأول: مهمة المحكمة التحكيمية..........................	132
المطلب الثاني: إختصاص المحكمة التحكيمية.....................	134
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق والقرار التحكيمي.......................	138
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق.....................................	138
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات............	138
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.........	145
المبحث الثاني: القرار التحكيمي..	159
المطلب الأول: التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي......................	159
المطلب الثاني: التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي......................	165
العنوان الثاني: عقود الإستثمار...	175
الباب الأول: التسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي........................	175
الفصل الأول: اللجوء إلى التحكيم المؤسساتي للغرفة الدولية للتجارة............	176
المبحث الأول: مجال تحكيم الغرفة الدولية للتجارة........................	176
المطلب الأول: حالة القانون الأساسي للشـركة المختلطـة الجزائريـة الإنقليزية "Brower Root Condor" شركة ذات أسهم......	176
المطلب الثاني: حالة عقد البحث والإستغلال البترولي المبرم بين شركة "سونطراك" والشركة الإيطالية "AGIP".................	186
المبحث الثاني: إجراءات التوفيق والتحكيم طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة.	197
المطلب الأول: التوفيق..	197

المطلب الثاني: التحكيم......................................	199
الفصل الثاني: اللجوء إلى التحكيم الحر...........................	211
المبحث الأول: العقود التي تنص على اللجوء إلى التحكيم الحر............	211
المطلب الأول: إتفاقية الشـراكة بـين شـركة "سـونلغاز" والشـركة السويسرية "ABB"....................................	211
المطلب الثاني: بروتوكول الإتفاق المنشئ للشـركة المختلطـة بـين الشركة الوطنية "ENAD" والشركة الألمانية "Henkel"....	216
المبحث الثاني: أبعاد إختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعـات بـين الدولـة الجزائرية والمستثمرين الأجانب.	219
المطلب الأول: العولمة والتحكيم..................................	219
المطلب الثاني: الإختيار المفضل لتحكيم الغرفة الدولية للتجارة (CCI).	226
الفصل الثالث: الخبرة الفنية في عقود الإستثمار.........................	231
المبحث الأول: اللجوء إلى الخبرة الحرة.	232
المطلب الأول: تعيين الخبرة..	232
المطلب الثاني: إختصاص الخبراء......................................	233
المبحث الثاني: اللجوء إلى الخبرة المؤسساتية للغرفة الدولية للتجارة.........	235
المطلب الأول: إختيار الخبراء..	236
المطلب الثاني: مهام الخبراء..	238
الباب الثاني: خضوع الإستثمار الأجنبي إلى المحاكم الداخلية..................	240
الفصل الأول: خضوع النزاعات المتعلقة بالإستثمار الأجنبي إلى المحاكم الإدارية....	240
المبحث الأول: النزاعات الناشئة عن العلاقة بين الوكالـة الوطنيـة لتطـوير الإستثمار (ANDI) والمستثمر الأجنبي.	241
المطلب الأول: الوسيلة الإدارية..	241
المطلب الثاني: الأسلوب الإتفاقي: حالة إتفاقية الإستثمار المبرمة بـين وكالة ترقية الإستثمار ومتابعتها ودعمهـا سـابقا (Ex APSI) والمجموعة القطرية الشيخ فيصل.	256
المبحث الثاني: النزاع الضريبي اللصيق بالإستثمارات الأجنبية.............	261

المطلب الأول: الإختصاص المبدئي للمحكمة الإدارية................	261
المطلب الثاني: الإختصاص الإستثنائي للمحكمة التحكيمية............	268
الفصل الثاني: إخضاع النزاعات الإستثمارية الأجنبية إلى إختصاص المحاكم العادية.	278
المبحث الأول: تسوية النزاعات في إطار الإستثمار عن طريق الشراكة.......	278
المطلـب الأول: النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة الجزائرية الأجنبية ذات الأسهم.	279
المطلب الثاني: النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة الجزائرية الأجنبية في إطار شركة المحاصة.	282
المبحث الثاني: تسوية النزاعات في إطار الإستثمار المباشر.................	288
المطلب الأول: إقليمية النزاع..	288
المطلب الثاني: عدم فعالية إقليمية النزاع.	292
خاتمة الجزء الأول..	294
الجزء الثاني: طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية في الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر.........................	296
العنوان الأول: الإتفاقيات المتعلقة بتنظيم التحكيم وسيره.....................	299
الباب الأول: التسوية الودية.	299
الفصل الأول: المفاوضات...	299
المبحث الأول: نطاق المفاوضات	300
المطلب الأول: الإلتزام بالتفاوض	300
المطلب الثاني: النزاعات المغطاة من طرف المفاوضات	304
المبحث الثاني: إجراء المفاوضات	310
المطلب الأول: الصفة المسبقة والإجبارية للمفاوضات	310
المطلب الثاني: مصير المفاوضات	313
الفصل الثاني: التوفيق	316

المبحث الأول: إجراء التوفي..	317
المطلب الأول: الإتفاق على التوفيق	317
المطلب الثاني: القواعد الضابطة لإجراءات التوفيق	324
المبحث الثاني: سلطات الموفق	329
المطلب الأول: إختصاص الموفق	329
المطلب الثاني: البحث عن حل وسط	334
المطلب الثالث: تقرير الموفق	337
الباب الثاني: التسوية القضائية	340
الفصل الأول: التحكيم	340
المبحث الأول: تنظيم التحكيم	340
المطلب الأول: الرضاء بالتحكيم	340
المطلب الثاني: تكوين المحكمة التحكيمية	359
المبحث الثاني: سير التحكيم	375
المطلب الأول: دعوى التحكيم	375
المطلب الثاني: القرار التحكيمي	397
الفصل الثاني: اللجوء إلى القاضي	415
المبحث الأول: القاضي المحلي	415
المطلب الأول: الإستنفاذ المسبق لطرق الطعن الداخلية	415
المطلب الثاني: اللجوء المباشر للقاضي المحلي	425
المبحث الثاني: القاضي الجهوي	430
المطلب الأول: من حيث التنظيم	431
المطلب الثاني: من حيث الإختصاص	433
العنوان الثاني: الشروط المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية	441
الباب الأول: الشروط الشكلية للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية	441

الفصل الأول: الإجراءات المتبعة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ	442
المبحث الأول: المبادئ التي يقوم عليها مسار الإجراءات والشكليات المطلوبة للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية	442
المطلب الأول: المبادئ التي تحكم إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية	442
المطلب الثاني: الشكليات المطلوبة للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمي	457
المبحث الثاني: الجهة المختصة والإجراءات المقامة أمامها في الدولة المضيفة	464
المطلب الأول: الجهة المختصة للنظر في الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية	465
المطلب الثاني: إجراءات الإعتراف والتنفيذ أمام محاكم الدولة المضيفة	472
الفصل الثاني: الترابط بين إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في الدولة المطلوب فيها التنفيذ وفي الدولة الأصل	484
المبحث الأول: الصفة الجوازية أو الإلزامية للإجراءات المقامة في الدولة الأصل	485
المطلب الأول: الصفة النهائية أو الملزمة للقرار التحكيمي في الدولة الأصل	486
المطلب الثاني: موقف الإجتهاد القضائي من إلزامية القرار التحكيمي .	495
المبحث الثاني: إنعكاس إجراءات الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في الدولة الأصل على الإجراءات المتبعة في دولة التنفيذ	498
المطلب الأول: حالة إبطال أو توقيف القرار التحكيمي في الدولة الأصل	498
المطلب الثاني: حالة دعوى الإبطال أو الإيقاف عندما تكون قائمة في الدولة الأصل	505
الباب الثاني: الشروط الموضوعية لرفض الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية	509
الفصل الأول: حالات رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بناء على طلب أحد	

الطرفين	510
المبحث الأول: الحالات التي تمس إتفاقية التحكيم	510
المطلب الأول: نقص أهلية أحد الطرفين وعدم صحة إتفاقية التحكيم ...	510
المطلب الثاني: مجاوزة القرار التحكيمي لإتفاقية التحكيم	515
المبحث الثاني: الحالات التي تتعلق بتنظيم التحكيم وسيره	518
المطلب الأول: عدم مطابقة تشكيل المحكمة أو الإجراءات لإتفاقية التحكيم	518
المطلب الثاني: خرق مبدأ المواجهة	523
الفصل الثاني: حالات رفض المحكمة تنفيذ القرار التحكيمي من تلقاء نفسها	530
المبحث الأول: عدم قابلية النزاع للتحكيم	530
المطلب الأول: عدم القابلية الموضوعية لتسوية النزاع عن طريق التحكيم	530
المطلب الثاني: عدم قابلية النزاع للتحكيم على أساس الإعتبار الشخصي	537
المبحث الثاني: تعارض تنفيذ القرار التحكيمي مع النظام العام	544
المطلب الأول: نظام عام داخلي أم نظام عام دولي	545
المطلب الثاني: موقف الإجتهاد القضائي من مسألة تعارض القرار التحكيمي مع النظام العام	554
خاتمة الجزء الثاني	558
الخلاصـة العامـة	560
قائمة المختصرات	568
الملاحـق	571
المراجـع	574
الفهـرس	601